

Konsernledelse

Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?

Kandidatnr: 329

Veileder: Tore Bråthen

Leveringsfrist: 26. april 2004

Til sammen 15088 ord

Dato 23. april 2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>KONSERN</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	DEFINISJON OG AVGRENSNING	1
1.3	KONSERN	2
1.4	KONSERNLEDELSE	3
<u>2</u>	<u>ROZENBLUM-DOKTRINEN</u>	<u>5</u>
2.1	ROZENBLUM-DOKTRINEN	5
2.2	ROZENBLUM-SAKEN	5
2.3	DOKTRINENS TRE KRITERIER	7
2.4	KRITERIET OM EN FAST ETABLERT KONSERNSTRUKTUR	8
2.5	KRITERIET OM EN KONSEKVENT OG KOORDINERT KONSERNPOLITIKK	9
2.6	KRITERIET OM EN BALANSERT FORDELING AV FORDELER OG ULEMPER	10
2.7	BØR ROZENBLUM-DOKTRINEN GJØRES TIL EN DEL AV EUROPEISK KONSERNRETT?	11
<u>3</u>	<u>NORSK RETT</u>	<u>15</u>
3.1	KONSERNETS STILLING I NORSK RETT	15
3.2	TILFELLER DER KONSERNETS STILLING IKKE ER REGULERT	16
3.3	KONSERNREGULERING I NORSK RETT	18
3.4	DATTERSELSKAPS FORHOLD TIL MORSELSKAPET	18
3.4.1	PROBLEMSTILLINGEN	18
3.4.2	DEN GJENSIDIGE OPPLYSNINGS- OG INFORMASJONSPLIKTEN MELLOM KONSERNSELSKAPER	19
3.5	ANSATTES RETT TIL Å VELGE STYREMEDLEMMER OG MEDLEMMER TIL BEDRIFTSFORSAMLINGEN I KONSERNFORHOLD	23
3.6	KREDITT TIL AKSJEEIERE M.V.	25
3.6.1	PROBLEMSTILLINGEN	25
3.6.2	UNNTAKET FOR KREDITT OG SIKKERHETSSTILLELSE MELLOM KONSERNSELSKAPER	25

3.7	KONSERNKONTO	28
3.7.1	PROBLEMSTILLINGEN	28
3.7.2	AVTALEREGULERING AV KONSERNKONTO	28
3.7.3	LOVREGULERING AV KONSERNKONTO	30
3.8	FUSJON MELLOM KONSERNSELSKAPER	32
3.9	KONSERNINTERNE TRANSAKSJONER	34
3.9.1	PROBLEMSTILLINGEN	34
3.9.2	TRANSAKSJONER MELLOM KONSERNSELSKAPER	35
3.9.3	SKRIFTLIGHETSKRAVET	37
3.9.4	KRAVET TIL FREMLEGGING OG GODKJENNING AV GENERALFORSAMLINGEN	37
3.9.5	ARMLENGDESPRINSIPPET	39
3.9.6	MÅLESTOKKEN FOR ARMLENGDESPRINSIPPET	42
3.9.7	DET ENKELTE KONSERNSELSKAP SOM MÅLESTOKK	42
3.9.8	KONSERNET SOM MÅLESTOKK	44
<u>4</u>	<u>GJELDER DET EN ROZENBLUM-DOKTRINE I NORSK RETT?</u>	<u>51</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>54</u>

1 Konsern

1.1 Problemstilling

Oppgavens sentrale problemstilling er om konsernet i norsk rett betraktes som en sammenslutning av enkeltselskaper, eller om det er en egen enhet. Hovedspørsmålet er om det ut fra dette kan utledes en rett for morselskapet til å drive konsernledelse, selv om dette skjer på bekostning av datterselskapet og dets aksjonærer og kreditorer.

Problemstillingen må ses i sammenheng med konsernets særtrekk som organisasjonsform. Dette blir nærmere utdypet i punkt 1.3 og 1.4 nedenfor.

I fransk rett er det utviklet en lære, Rozenblum-doktrinen, om at morselskapet på visse vilkår kan drive slik konsernledelse. Læren har en viss støtte på europeisk nivå. Se punkt 2.7 nedenfor. Oppgavens problemstilling kan derfor også formuleres som et spørsmål om det i norsk rett gjelder en Rozenblum-doktrine.

Dersom det i norsk rett kan sies å gjelde en Rozenblum-doktrine, vil det i dette også ligge en aksept av konsernet som noe mer enn en sammenslutning av enkeltselskaper. Dette vil også ha betydning for om, og i så fall i hvilket omfang, morselskapet har rett til å drive konsernledelse.

1.2 Definisjon og avgrensning

Fremstillingen dreier seg om konsern slik det er definert i aksjelovene § 1-3.¹

Lovgivningen har ingen enhetlig konserndefinisjon. Dette har sammenheng med at konsernbegrepet må utformes ut fra de hensyn som skal ivaretas i de ulike regelverkene hvor begrepet brukes.² Eksempler på konsernbegreper som skiller seg fra aksjelovenes,

¹ Andenæs: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 29 flg. Sml. Bråthen: Selskapsrett s. 139 flg.

² NOU 1996:3 s. 86.

er det regnskapsrettslige konsernbegrep i regnskapsloven § 1-3 og det skatterettslige konsernbegrep som følger forutsetningsvis av skatteloven § 10-2 til § 10-4 samt § 11-2.³

1.3 Konsern

Konsern er en meget utbredt selskapsrettslig konstellasjon, som spiller en viktig rolle innen næringslivet. Utviklingen både i Norge og internasjonalt viser at stadig flere selskaper inngår i konsernforhold.⁴

Konsern kjennetegnes av et spenningsforhold. Økonomisk og organisasjonsmessig fungerer konsernet som en enhet. Rettslig sett er imidlertid de enkelte konsernselskapene selvstendige rettssubjekter.

Den omstendighet at selskaper inngår i et konsernforhold, betyr ikke at selskapene mister sin rettslige selvstendighet, og heller ikke at det oppstår noe fellesskap med hensyn til rettigheter og forpliktelser.⁵

Hvert konsernselskap må ha sin egen selskapsrettslige organisasjon med generalforsamling, styre og eventuelt daglig leder og bedriftsforsamling. Beslutningsprosessen skal foregå på en bestemt måte etter kompetansefordelingen mellom de ulike organene. De funksjoner som er tillagt det enkelte organ i konsernselskapene, kan ikke overføres til morselskapet med den følge at organene mister sin reelle betydning.⁶ Det enkelte selskap har også et selvstendig kapitalforhold med sine egne rettigheter og forpliktelser.⁷ Kontrakter inngås med det enkelte konsernselskap og ikke med konsernet som sådan. Hvert selskap har et selvstendig ansvar for sine heftelser, og konsernet som sådan kan ikke bli forpliktet overfor det

³ Handeland og Schwenke: Regnskapsloven med kommentarer s. 68 flg. Gjems Onstad: Norsk Bedriftsskatterett s. 606 flg.

⁴ NOU 1996:3 s. 86.

⁵ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 178.

⁶ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 36.

⁷ NOU 1996:3 s. 86.

enkelte selskaps kreditorer. Endelig plikter hvert enkelt konsernselskap å utarbeide årsregnskap som viser selskapets stilling uavhengig av konsernets.

I motsetning til dette formelle rettslige utgangspunktet står det faktum at konsernet økonomisk og organisasjonsmessig fungerer som en enhet.

Innen konsernet vil det finne sted en stadig utveksling av de ressurser og den kompetanse som finnes i det enkelte konsernselskap. Dette kan være kapital, men også kunnskap, erfaring, arbeidskraft og forskningsresultater.

Et konsern blir dessuten også ofte forvaltet i fellesskap gjennom at de ulike konsernselskapene i større eller mindre utstrekning er samlet i en felles konsernadministrasjon. Konsernet kan f.eks. ha felles stabsfunksjoner, felles formuesforvaltning, felles innkjøpsordninger og felles avtaler med bank og forsikringsselskaper.⁸ Konsernets ansatte kan også ha en felles arbeidsgiver, som regel morselskapet.⁹ I mange konsern etableres det dessuten en overordnet konsernledelse med en konsernsjef i spissen.¹⁰

Spenningsforholdet mellom konsernet som en økonomisk og organisasjonsmessig enhet og det enkelte konsernselskap som rettslige enheter er bakgrunnen for konsernrettens grunnleggende problemstilling. Er konsernet en sammenslutning av enkeltselskaper, eller er det en egen enhet?

1.4 Konsernledelse

Den grunnleggende problemstillingen om enhet og flerhet er bakgrunnen for spørsmålet om morselskapet har rett til å lede konsernet, selv om dette skjer på bekostning av datterselskapet og dets aksjonærer og kreditorer.

⁸ NOU 1996:3 s. 87. Sml. punkt 3.7 nedenfor om konsernkontoordning.

⁹ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 36.

¹⁰ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 36.

Målsetningen bak en konserndannelse er å utnytte de fordelene som ligger i en stordriftsvirksomhet.¹¹ Dette krever at virksomheten i de enkelte konsernselskapene organiseres og samordnes på en måte som samlet gir det beste resultat for konsernet. En optimal utnyttelse av konsernets ressurser forutsetter også at midler kan flyttes innen konsernet, både fra morselskap til datterselskap og mellom de ulike datterselskapene.

I motsetning til dette står det selskapsrettslige krav til at det enkelte selskap skal styres på en slik måte at de beslutninger som foretas er i selskapets interesse, og uten hensyn til at selskapet er del av en konserndannelse.¹²

Problemstillingen om morselskapets ledelsesrett kommer særlig på spissen i forhold til det enkelte konsernselskaps minoritetsaksjonærer og kreditorer. Dette er personer hvis interesser er tilknyttet datterselskapet, og ikke til konsernet som sådan.¹³

Morselskapets ledelsesrett bygger på en forutsetning om at det enkelte konsernselskaps interesse under visse omstendigheter kan underordnes konsernretten. På bakgrunn av dette oppstår spørsmålet om hva som er målestokken for ledelsesretten dersom dette skjer på bekostning av det enkelte konsernselskap og dets aksjonærer og kreditorer. Målestokken kan være det enkelte konsernselskap eller konsernet som en enhet. Se punkt 3.9 nedenfor.

Det enkelte konsernselskap som en rettslig selvstendig enhet og hensynet til dets aksjonærer og kreditorer, taler for at målestokken er det enkelte konsernselskap.

Konsernet som en økonomisk og organisasjonsmessig enhet og hensynet til å oppnå en optimal utnyttelse av konsernets totale ressurser, taler derimot for at målestokken for ledelsesretten er konsernet.

¹¹ Krüger Andersen: Studier i dansk konsernret s. 179 flg. sml. s. 200 flg.

¹² NOU 1996:3 s. 193.

¹³ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 178.

2 Rozenblum-doktrinen

2.1 Rozenblum-doktrinen

Den franske domstolen Cour de Cassation¹⁴ har i sin praksis utviklet en konsernrettslig doktrine, den såkalte Rozenblum-doktrinen. Doktrinen ble opprinnelig utviklet i domstolens strafferettslige avdeling, og siden adoptert av den sivilrettslige avdelingen. Rozenblum-doktrinen har også fått innflytelse på belgisk rett.¹⁵

Doktrinen berører den grunnleggende konsernrettslige problemstillingen om, og i hvilke tilfeller morselskapet har rett til å drive konsernledelse, selv om det skjer på bekostning av datterselskapet og dets aksjonærer og kreditorer. Den overordnede målsetning er å skape balanse mellom det enkelte datterselskaps interesser og konsernets interesser.¹⁶ Rozenblum-doktrinen oppstiller tre kriterier for at et konsernselskaps interesse kan vike for en overordnet konserninteresse. Se punkt 2.3 nedenfor.

Kjernepunktet i Rozenblum-doktrinen er at dersom de tre kriteriene er oppfylt, er det konsernet som en helhet og ikke det enkelte konsernselskap som er målestokken for hvorvidt morselskapet har rett til å drive konsernledelse, selv om dette skjer på bekostning av aksjonærer og kreditorer i datterselskapet.

2.2 Rozenblum-saken¹⁷

Rozenblum og enkelte av hans familiemedlemmer var eiere av et holdingselskap som gjennom ene- og deleide datterselskaper drev en svært omfattende og forskjelligartet virksomhet. Virksomheten omfattet blant annet handel, finans, fast eiendom og forskjellige former for tjenesteytelse. Selskapene i Rozenblum-konsernet utgjorde på denne måten et konglomerat.

¹⁴ Cour de Cassation er Frankrikes øverste domstol tilsvarende vår Høyesterett.

¹⁵ Hommelhoff: Corporate Group Law for Europe - Principles and Proposals of the Forum Europaeum i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 14.

¹⁶ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 42.

¹⁷ Omtalen av saken er basert på Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 261.

Den økonomiske situasjonen for enkelte av selskapene i Rozenblum-konsernet ble etter hvert problematisk. På bakgrunn av dette ble det overført midler i form av garanti- og sikkerhetsstillelser fra andre konsernselskaper.

Situasjonen ble imidlertid til slutt så vanskelig at konsernet gikk konkurs. Rozenblum og flere ledende personer innen konsernledelsen ble satt under tiltale for å ha misbrukt selskapenes midler (*abus des biens sociaux*).¹⁸ Rozenblum ble dømt i delstatens domstoler. Frankrikes øverste domstol, Cour de Cassation, kom imidlertid til et annet resultat og frikjente Rozenblum.

Begrunnelsen for frikjennelsen var at selskapene i Rozenblum-konsernet fungerte som en enhet gjennom et nært økonomisk og organisatorisk samarbeid. Ved anvendelsen av bestemmelsen om misbruk av selskapets midler i delstatenes domstoler, ble det ikke tatt hensyn til dette fellesskapet. Det enkelte selskaps interesser var derimot vurdert isolert og uten hensyntagen til konserninteressen. Cour de Cassation oppstilte på denne bakgrunn tre kriterier for at det kunne foretas overføringer fra et selskap til et annet innen konsernet uten å være i strid med misbruksbestemmelsen og dermed medføre straffansvar for konsernledelsen.

Avgjørelsen i Rozenblum-saken var nyskapende på den måte at den oppstiller tre konkrete vilkår for morselskapets rett til å drive konsernledelse. Tanken om at det enkelte datterselskaps interesse under visse omstendigheter må underordnes konserninteressen hadde imidlertid kommet til uttrykk også i tidligere avgjørelser fra Cour de Cassation.¹⁹

Utviklingen startet i den såkalte Schlumpf-saken.²⁰ Schlumpf-brødrene eide et lite tekstil-konsern. Samtidig forsøkte de å bygge opp et museum for gamle biler og overførte derfor midler fra andre selskaper i konsernet. Investeringene i museet førte til

¹⁸ Sml. asl./ asal. § 5-21 og § 6-28.

¹⁹ Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 267.

at tekstilkonsernet gikk konkurs. Brødrene ble satt under tiltale for brudd på bestemmelsen om misbruk av selskapets midler. Cour de Cassation aksepterte at konserninteressen under visse vilkår måtte kunne tillegges vekt, men anså ikke vilkårene for å være oppfylt.

Tanken om en konserninteresse ble videreført i Fruehauf-saken.²¹ Det amerikanske morselskapet Fruehauf Inc ble dømt etter misbruksbestemmelsen etter å ha tvunget det franske datterselskapet Fruehauf S.A. til å inngå en leverandøravtale med et kinesisk selskap. Leverandøravtalen førte til store tap for det franske selskapet, som til slutt gikk konkurs. Domstolen aksepterte at et datterselskap under visse omstendigheter kan påføres en ulempe dersom dette kommer konsernet til gode. Et vilkår for dette er imidlertid at ulempen blir kompensert for på et senere tidspunkt. Cour de Cassation anså ikke dette vilkåret som oppfylt i forholdet mellom det amerikanske morselskapet og det franske datterselskapet.

2.3 Doktrinens tre kriterier

Doktrinens kriterier er kumulative og i utgangspunktet likeverdige.²² Samtlige kriterier må være oppfylt på det tidspunktet de konserninterne overføringer foretas.²³

For det første må det foreligge en fast etablert konsernstruktur. For det andre krever doktrinen at det utvikles en konsekvent og koordinert politikk i relasjon til den virksomhet konsernet driver. For det tredje kreves det at fordeler og ulemper som påføres konsernet, fordeles mellom mor- og datterselskap på en balansert måte. En

²⁰ Omtalen av saken er basert på Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 267.

²¹ Omtalen av saken er basert på Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 267.

²² Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 262.

²³ Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 262.

ulempe som påføres et datterselskap, må heller ikke være uforholdsmessig i forhold til de fordeler som oppnås for konsernet som helhet.²⁴

2.4 Kriteriet om en fast etablert konsernstruktur

For at morselskapet skal kunne utøve konsernledelse på bekostning av datterselskapet, krever Rozenblum-doktrinen for det første at det må foreligge en fast etablert konsernstruktur som legger forholdene til rette for en gjensidig vekselvirkning mellom datterselskapene, og mellom det enkelte datterselskap og konsernet.²⁵ Videre kreves det at den virksomhet som utøves i de forskjellige datterselskap, må være forbundet på en slik måte at selskapene har både positiv og negativ innflytelse på hverandre.²⁶ Det kreves derimot ikke at selskapene er i samme eller relaterte bransjer, men det forutsettes at selskapene utgjør en logisk enhet og at det finnes en hensikt bak konserndannelsen utover morselskapets interesse i å oppnå fordeler fra datterselskapet.²⁷

I kriteriet om en fast etablert konsernstruktur ligger det også et krav om at det enkelte datterselskap må inneha en viss grad av selvstendighet i forhold til morselskapet. Morselskapet kan derfor ikke ignorere datterselskapets interesser, selv om dette gjøres for å fremme konsernets interesser. Kriteriet om en viss grad av selvstendighet for datterselskapet innebærer videre at Rozenblum-doktrinen ikke kan brukes for å legitimere sterkt hierarkiske konsernstrukturer der datterselskapene bærer preg av å være avdelinger av morselskapet.²⁸ Derimot vil doktrinenes første kriterium være oppfylt i en konsernstruktur som skaper et fellesskap og som fører til en jevn fordeling av fordeler og ulemper mellom de enkelte selskap.²⁹

²⁴ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 42

²⁵ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 43.

²⁶ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 43.

²⁷ Schans Christensen: Kapitalselskaber Aktie- og anpartsselskabsret s. 552.

²⁸ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 43.

²⁹ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 44.

2.5 Kriteriet om en konsekvent og koordinert konsernpolitikk

Kriteriet om en fast og etablert konsernstruktur danner grunnlaget for Rozenblum-doktrinen andre kriterium. Kravet om en konsekvent og langsiktig konsernpolitikk, som koordinerer og samordner virksomheten i de ulike datterselskapene.³⁰

En grunnleggende forutsetning for en konsernpolitikk er at gruppens virksomhet er av en slik art at den er mottakelig for en overordnet målsetning.³¹ Morselskapet kan ikke foreta handlinger som bare er ment å løse problemer i et kortsiktig perspektiv, for eksempel overførsel av midler fra en del av konsernet til et annet for å skaffe nødvendig likviditet til å finansiere et enkeltstående prosjekt. Selv beslutninger som haster må koordineres med konsernets langsiktige målsetning.³² Ved å oppstille krav om en overordnet og koordinert politikk til den samlede virksomhet, vil ikke morselskapet kunne bruke sin innflytelse til å gjennomføre disposisjoner som bare tilgodeser dette.³³

I tillegg til å være konsekvent og langsiktig må konsernpolitikken være egnet til å skape balanse mellom det enkelte datterselskaps interesse og konsernets interesse. Av dette følger at kontrakter og avtaler som tildeles konsernet, fordeles og gjøres tilgjengelige for det enkelte datterselskap etter deres kapasitet, og at et enkelt selskap ikke kan ekskluderes fra å delta i konsernets virksomhet. I forlengelsen av dette kreves det også at investeringer som gjøres innen konsernet, ikke må føre til at et eller flere datterselskaper blir diskriminert.³⁴

Doktrinen tar ikke stilling til hvem som skal utvikle den overordnede konsernpolitikken eller på hvilken måte dette skal gjøres. Det er på det rene at styret i morselskapet er et naturlig utgangspunkt for planleggingen av konsernets virksomhet og utviklingen av en konsernpolitikk. I enkelte tilfeller vil imidlertid ikke styret ha den nødvendige kompetanse for å fastslå en overordnet konsernpolitikk. Cour de Cassation har derfor

³⁰ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 44.

³¹ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 44.

³² Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 44.

³³ Schans Christensen: Kapitalselskaber Aktie- og anpartsselskabsret s. 552.

³⁴ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 44.

krevet at forslaget til konsernpolitikk må forelegges og behandles ved morselskapets generalforsamling og at datterselskapene må inkluderes i utviklingen av den.³⁵

2.6 Kriteriet om en balansert fordeling av fordeler og ulemper

Doktrinenes tredje kriterium oppstiller at krav om at fordeler og ulemper som påføres konsernet, skal fordeles mellom mor- og datterselskap på en balansert måte.³⁶

Fordelingen må være egnet til å skape likevekt mellom konsernselskapene.³⁷

Dette innebærer at et enkelt datterselskap ikke kan påføres hverken en uforholdsmessig ulempe eller en vilkårlig fordel på bekostning av et annet selskap.³⁸

Fordelingen av fordeler og ulemper må ses i forhold til konsernets utvikling i et langsiktig perspektiv. Dersom selskapet blir kompensert for den ulempe det har blitt påført, er doktrinenes tredje kriterium likevel oppfylt selv om kompensasjonen skjer flere år senere.³⁹

En nedre grense for hvor stor ulempe et konsernselskap kan påføres er dersom den økonomiske belastningen blir så stor at selskapets eksistens trues.⁴⁰ Et eksempel på at datterselskapet påføres en slik ulempe er en beslutning i morselskapet om at datterselskapet må kausjonere for morselskapets gjeld. En slik beslutning kan tenkes å være i strid med doktrinenes tredje kriterium.⁴¹

Det kreves også at en ulempe eller fordel som påføres et datterselskap, er ledd i den overordnede og langsiktige konsernpolitikken og ikke av tilfeldig karakter.⁴² Dersom et

³⁵ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 45.

³⁶ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 45.

³⁷ Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 263.

³⁸ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 45.

³⁹ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 45.

⁴⁰ Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 263.

⁴¹ Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 90.

⁴² Schans Christensen: Kapitalselskaber Aktie- og anpartsselskabsret s. 552.

konsernselskap påføres en ulempe som isolert sett fremstår som uforholdmessig, må dette kunne forsvares i lys av konsernpolitikken.⁴³ Overføringer innen konserner som ikke har noen sammenheng med konserninteressen og som fremstår som kortsiktige, vil på denne måten ikke oppfylle doktrinenes tredje kriterium.⁴⁴ Den nedre grense for hvor stor ulempe et konsernselskap kan påføres kan også forklares på bakgrunn av dette. En overføring som truer et konsernselskaps eksistens og den virksomhet som er planlagt der, vil heller ikke være i konsernets interesse.⁴⁵

Doktrinenes første kriterium om en fast og etablert konsernstruktur er en grunnleggende forutsetning både for å oppnå en balansert fordeling av fordeler og ulemper og for å sikre at det datterselskap som blir påført en uforholdsmessig ulempe, blir kompensert for dette.⁴⁶

2.7 Bør Rozenblum-doktrinen gjøres til en del av europeisk konsernrett?

Forskningsgruppen Forum Europaeum har foreslått at Rozenblum-doktrinen gjøres til en del av EU's planlagte konsernrettslige regulering gjennom et eget 9.direktiv.⁴⁷

Spørsmålet om hvorvidt Rozenblum-doktrinen bør gjøres til en del av europeisk konsernrett, vil avhenge av hvor egnet den er som en hjemmel for morselskapets rett til å drive konsernledelse. Dette vil bero på en avveining av doktrinenes fordeler og ulemper.⁴⁸

⁴³ Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 263.

⁴⁴ Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 263.

⁴⁵ Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 263.

⁴⁶ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 45.

⁴⁷ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 49. Forumets forslag blir kommentert av Winther-gruppen: Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe s. 97. Sml. Sundby: EU's arbeid med modernisering av selskapsretten, Tidsskrift for forretningsjus nr. 4 2003 s 461.

⁴⁸ Sml. Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 266.

Konsernretten er lite utviklet i Europa. Den konsernregulering som finnes, varierer i tillegg svært mye fra land til land. Hensynet til harmonisering av konsernretten i Europa taler derfor for at Rozenblum-doktrinen gjøres til en del av europeisk konsernrett.⁴⁹ Mangelen på en samlet regulering fører dessuten til at utviklingen av konsernretten i de europeiske landene i realiteten styres av andre rettsområder slik som f.eks. skatterett, regnskapsrett og konkurranserett.⁵⁰ Fra et selskapsrettslig synspunkt vil dette være uheldig idet viktige selskapsrettslige prinsipper ikke blir ivaretatt i tilstrekkelig grad.⁵¹

På bakgrunn av dette vil Rozenblum-doktrinen gi et verdifullt bidrag til å klargjøre de prinsippene som ligger bak en rett til å drive konsernledelse.⁵² Doktrinens tre kriterier vil være egnet som veiledning for om, og i hvilke tilfeller morselskapet er berettiget til å foreta overføringer som medfører at det enkelte datterselskaps interesse underordnes konserninteressen.⁵³

For det første retter doktrinen oppmerksomheten på konsernet som en helhet og ikke på hvert enkelt konsernselskap og forbindelsen mellom disse. Samtidig sikrer den at datterselskapet blir en funksjonell enhet som beholder en selvstendig stilling i forhold til morselskapet.⁵⁴

For det andre er det et viktig kjennetegn ved doktrinen at den ikke legger vekt på en enkeltstående transaksjon eller begivenhet, men ser på konsernets utvikling i et langsiktig perspektiv. Dette vil gjøre det mulig for konsernledelsen å oppnå en

⁴⁹ Friis Hansen: The "Takeover" of Group Law – Examples from a Scandinavian Perspective i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 41.

⁵⁰ Friis Hansen: The "Takeover" of Group Law – Examples from a Scandinavian Perspective i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 37.

⁵¹ Friis Hansen: The "Takeover" of Group Law – Examples from a Scandinavian Perspective i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 37.

⁵² Winther-gruppen: Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe s. 97.

⁵³ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 50.

⁵⁴ Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 266.

maksimal utnyttelse av konsernets ressurser og kompetanse samtidig som datterselskapets interesser ivaretas på en forsvarlig måte.⁵⁵

For det tredje gir doktrinen konsernledelsen tilstrekkelig frihet til å opprette en konsernstruktur som gjør det i stand til å organisere og samordne virksomheten i de enkelte datterselskapene.⁵⁶

På den annen side er doktrinen lite egnet som hjemmel for å drive konsernledelse, idet kriteriene som oppstilles for en slik rett er vage og upresise.⁵⁷ Med dette gir doktrinen morselskapet for stor frihet til å foreta transaksjoner som kan være til skade for det enkelte datterselskap og dets aksjonærer og kreditorer.⁵⁸ Doktrinen angir heller ingen grense for hvor stor ulempe et datterselskap kan påføres, bortsett fra at den ikke må være uforholdsmessig, og angir heller ingen tidsgrense for når kompensasjon for ulempen må skje.⁵⁹ Sett fra konsernledelsens synspunkt vil det derfor være vanskelig å forutse om ulemper som påføres datterselskapet i fremtiden, vil kunne kompenseres av fordeler som tilkommer konsernet som sådan.⁶⁰

Doktrinen regulerer ikke rettsvirkningene av at det utøves konsernledelse selv om kriteriene ikke er oppfylt, og den gir dermed domstolene for stor frihet både i forhold til

⁵⁵ Forum Europaeum: Corporate Group Law for Europe s. 50.

⁵⁶ Hommelhoff: Corporate Group Law for Europe - Principles and Proposals of the Forum Europaeum i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 15.

⁵⁷ Hommelhoff: Corporate Group Law for Europe - Principles and Proposals of the Forum Europaeum i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 15. Dette er begrunnelsen for at tysk konsernrett har vist motvilje i forhold til å adoptere doktrinen.

⁵⁸ Wymeersch: Groups of Companies i Buxbaum, Hertig, Hirsch og Hopt (red.): European Business Law s. 233. Sml. Winther-gruppen: Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe s. 97, som hevder at forutsetning for at Rozenblum-doktrinen kan gjøres til en del av europeisk konsernrett, er at det enkelte land sørger for en lovgivning som i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til det enkelte datterselskaps aksjonærer og kreditorer.

⁵⁹ Windbichler: "Corporate Group Law for Europe": Comments on the Forum Europaeum's Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, European Business Organization Law Review nr. 1 2000 s. 272.

utviklingen av de tre kriteriene og i forhold til hvilke sanksjoner brudd på doktrinen skal møtes med. I denne forbindelse må det særlig tas i betraktning at konsernretten også for domstolene er et lite utviklet rettsområde.⁶¹

Doktrinen vil være lite egnet som en generell hjemmel for å drive konsernledelse idet dens egnethet vil variere etter arten av konsernet. I konserner med et tett og nært samarbeid mellom de ulike konsernselskapene og der disse også er relativt likeverdige, vil kriteriene kunne føre til et fornuftig resultat med tanke på grensene for konsernledelse. I konserner med en mer hierarkisk oppbygning der datterselskapene i stor grad domineres av morselskapet, vil doktrinen være mindre egnet.⁶²

⁶⁰ Windbichler: "Corporate Group Law for Europe": Comments on the Forum Europaeum's Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, European Business Organization Law Review nr. 1 2000 s. 272.

⁶¹ Windbichler: "Corporate Group Law for Europe": Comments on the Forum Europaeum's Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, European Business Organization Law Review nr. 1 2000 s. 272.

⁶² Wymeersch: Do we need a law on Groups of companies? Position paper, Conference on Company Law and Capital Market, Siena 30-31 March 2000 s. 7.

3 Norsk rett

3.1 Konsernets stilling i norsk rett

Norsk rett inneholder ingen samlet konsernregulering. Bakgrunnen for dette er det alminnelige utgangspunkt om at hvert selskap innen konsernet må betraktes som rettslig selvstendige enheter med egne rettigheter og forpliktelser.⁶³ Den omstendighet at selskaper inngår i et konsernforhold betyr i utgangspunktet ikke at selskapene mister denne selvstendigheten, og heller ikke at det oppstår noe fellesskap med hensyn til rettigheter og forpliktelser.⁶⁴

Fra dette utgangspunktet må det imidlertid gjøres visse reservasjoner idet to eller flere aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper kan utgjøre en slik økonomisk og organisasjonsmessig enhet at de også rettslig bør behandles som en enhet i visse henseender.⁶⁵ Aksjelovene inneholder derfor en rekke bestemmelser der lovgiver klart har tatt standpunkt til konsernspørsmålet og tillagt konsernet spesielle rettsvirkninger: Bestemmelsene om datterselskaps forhold til morselskapet i asl./ asal. § 6-16, om ansattes rett til å velge styremedlemmer og medlemmer av bedriftsforsamlingen i konsernforhold i asl./ asal. § 6-5 og § 6-35, om kreditt til aksjeeiere m.v i asl./ asal. § 8-7 og om fusjon mellom konsernselskaper i asl./ asal. § 13-23 og § 13-24.

Endelig inneholder norsk rett en regel som gjør at konsernet havner i en mellomstilling i forhold til synspunktet om konsernet som en sammenslutning av enkeltselskaper på den ene siden og synspunktet om konsernet som en enhet på den andre. Bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 om konserninterne transaksjoner.

De ovennevnte bestemmelsene vil bli nærmere omtalt i det følgende.

⁶³ Andenæs: Aksjeselskapsrett s. 39.

⁶⁴ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 178.

⁶⁵ Andenæs: Aksjeselskapsrett s. 39

3.2 Tilfeller der konsernets stilling ikke er regulert

Som en følge av at aksjelovene ikke inneholder noen samlet konsernregulering, må konsernrettslige spørsmål i utgangspunktet løses på bakgrunn av aksjelovenes alminnelige regler. Dette gjelder både spørsmål i forhold til konsernets kapitalforhold og konsernets organisasjon.

Den mest grunnleggende bestemmelse om selskapets kapitalforhold er asl./ asal. § 1-1 annet ledd. Bestemmelsen gir uttrykk for det alminnelige aksjerettslige prinsipp om den begrensede heftelse. Aksjonærenes ansvar er begrenset til aksjeinnskuddet, jfr. asl./ asal. § 1-2. Aksjonærene kan derfor i utgangspunktet ikke gjøres ansvarlige for forpliktelser som påhviler selskapet. Regelen gjelder også i konsernforhold. Hvert konsernselskap er ansvarlig for sine egne forpliktelser. Morselskapet er en ordinær aksjonær i datterselskapet og er i utgangspunktet ikke ansvarlig for datterselskapets forpliktelser utover aksjeinnskuddet.⁶⁶

Prinsippet om den begrensede heftelse viser seg også dersom et av konsernselskapene går konkurs. Hvert konsernselskap har et selvstendig ansvar for sine forpliktelser og hvert konkursbo skal gjøres opp for seg. Konsernforholdet medfører normalt heller ingen utvidet dekningsadgang for datterselskapets kreditorer. Disse er henvist til å søke dekning i datterselskapets formue.⁶⁷ Dersom et konsernselskap går konkurs, kan resten av konsernet i utgangspunktet fortsette sin virksomhet som før.⁶⁸ Læren om ansvarsgjennombrudd kan bare tenkes å komme til anvendelse i sjeldne unntakstilfeller, jfr. Rt. 1996 s. 672 og Rt. 1996 s. 742.

Konsernforholdet medfører heller ikke at det oppstår noe fellesskap med hensyn til eiendeler og rettigheter som det enkelte konsernselskap er eier av eller senere erverver.⁶⁹

⁶⁶ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 37.

⁶⁷ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 119.

⁶⁸ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 119.

⁶⁹ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 67.

Videre inneholder ikke aksjelovene noen særskilt regulering av konsernets organisasjon.⁷⁰ Myndighets- og kompetansefordelingen innen konsernet må derfor utledes fra de alminnelige reglene i aksjelovene om generalforsamlingen, styret og bedriftsforsamlingen, jfr. asl./ asal. § 5-1 flg., § 6-1 flg. og § 6-35 flg. Dette innebærer at hvert konsernselskap har sin selvstendige organisasjon, og at aksjelovenes krav til selskapsstruktur må være oppfylt for hvert enkelt selskap.

Som en konsekvens av at det enkelte konsernselskap har et selvstendig kapitalforhold og en selvstendig organisasjon, er det et generelt utgangspunkt at det enkelte selskaps midler ikke må anvendes til formål som er fremmed for selskapets virksomhet, selv om formålet i og for seg kan være i morselskapets eller andre konsernselskapers interesse.⁷¹ En felles konsernadministrasjon reduserer heller ikke det ansvar det enkelte konsernselskaps styre har for at selskapets midler forvaltes og disponeres forsvarlig og i selskapets interesse.⁷²

På den annen side er det ingen bestemmelser i aksjelovene som direkte fratar selskapene innen et konsern retten til å samarbeide med hverandre gjennom forskjellige former for økonomisk samkvem. Dette krever imidlertid at disposisjonene ligger innenfor de rammer lovgivningen oppstiller i forhold til de nevnte regler om kapitalforhold og organisasjonsstruktur, og for øvrig er i samsvar med alminnelige selskapsrettslige prinsipper.

Mangelen på en samlet konsernregulering gir uttrykk for det tradisjonelle utgangspunktet om at det enkelte selskap er en rettslig selvstendig enhet. Dette tilsier at konsernet må betraktes som en sammenslutning av enkeltelskaper.

⁷⁰ Sml. Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 36. Et unntak er reglene om ansattes rett til å velge styremedlemmer og medlemmer av bedriftsforsamlingen i konsernforhold, jfr. asl./ asal. § 6-5 og § 6-35. Se punkt 3.5 nedenfor.

⁷¹ NOU 1996:3 s. 193.

⁷² NOU 1996:3 s. 193.

3.3 Konsernregulering i norsk rett

Lovreguleringen av konserner innebærer en erkjennelse av konsernet som en økonomisk og organisasjonsmessig realitet som lovgivningen innenfor visse grenser bør legge forholdene til rette for.⁷³ Konsernreglene gir uttrykk for at konsernet som rettslig konstellasjon reiser spørsmål som gjør det nødvendig med en særlig regulering utover aksjelovenes alminnelige bestemmelser.⁷⁴

På det mest grunnleggende plan kan sies at det allerede ved eksistensen av slike regler ligger en viss aksept av konsernet som noe mer enn en sammenslutning av enkeltselskaper.⁷⁵ Hvorvidt det ut ifra disse reglene kan utledes en rett for morselskapet til å drive konsernledelse selv om dette skjer på bekostning av datterselskapet og dets aksjonærer og kreditorer, må imidlertid bero på en tolkning av reglene.

Konsernreguleringen i norsk rett angår dels konsernets organisasjonsforhold, dels konsernets kapitalforhold. Reglene finnes spredt i aksjelovene.

3.4 Datterselskaps forhold til morselskapet

3.4.1 Problemstillingen

Driften av et konsern gjør det ønskelig med en organisasjonsstruktur som legger forholdene til rett for at informasjon i størst mulig grad kan flyte fritt mellom konsernselskapene. Utnyttelse av informasjon om det enkelte konsernselskaps økonomiske stilling vil være nødvendig for en forsvarlig konsernstyring. Videre vil utveksling av kunnskap som det enkelte konsernselskap har ervervet gjennom forskning og utvikling, være av betydning for å kunne utnytte konsernets samlede ressurser på en best mulig måte.

Asl./ asal. § 6-16 fastsetter en gjensidig opplysningsplikt mellom mor- og datterselskap.

⁷³ NOU 1996:3 s. 86.

⁷⁴ Sml. Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2002 s. 118, som hevder at eksistensen av konsernregler i Skandinavia utgjør en egen skandinavisk konsernrett.

⁷⁵ NOU 1996:3 s. 86.

Aksjelovenes alminnelige regler inneholder også bestemmelser som pålegger de ulike organene i et selskap opplysnings- og informasjonsplikt overfor hverandre.⁷⁶

Problemstillingen i det følgende er om asl./ asal. § 6-16 innebærer særlige rettigheter og forpliktelser for informasjons- og opplysningsplikt i et konsern, og om det i dette kan sies å ligge en aksept av morselskapets rett til å utøve konsernledelse.

3.4.2 Den gjensidige opplysnings- og informasjonsplikten mellom konsernselskaper

Den gjensidige opplysnings- og informasjonsplikten i asl./asal. § 6-16 har stor prinsipiell betydning for forholdet mellom mor- og datterselskap idet denne plikten direkte berører kjernepunktet i konsernproblematikken: Morselskapets rett til å drive konsernledelse.⁷⁷ Som et generelt utgangspunkt kan man si at bestemmelsen bygger på den forutsetning at styret i morselskap i et konsern kan utøve styring overfor datterselskapet.⁷⁸

Asl./ asal. § 6-16 første ledd regulerer datterselskapets plikter overfor morselskapet. Styret i et datterselskap plikter å gi styret i morselskapet opplysninger som er nødvendige for å kunne vurdere konsernets stilling og resultatet av konsernets virksomhet. Dette vil f.eks. kunne være opplysninger om kontrakter som datterselskapet planlegger å inngå, og som er av en slik art at de vil kunne ha betydning for konsernet som sådan.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med morselskapets plikt til å opprette konsernregnskap og konsernbalanse, jfr. regnskapsloven § 3-2 tredje ledd.⁷⁹ Slik regelen er formulert, antas imidlertid ikke opplysningsplikten å være begrenset til utarbeidelsen

⁷⁶ Jfr. bl.a. bestemmelsene i asl./ asal. § 6-12 og § 6-15 om henholdsvis styrets og daglig leders informasjonsplikt.

⁷⁷ Sml. Krüger Andersen: Studier i dansk konsernret s. 131, om den tilsvarende bestemmelsen i den danske aktieselskabsloven § 55 a.

⁷⁸ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 415.

⁷⁹ Jfr. Ot. prp. 19 (1974-75) s. 105 om den tilsvarende bestemmelse i aksjeloven av 1976.

av konsernoppgjøret, men den gjelder generelt opplysninger som er nødvendige for at styret i et morselskap skal kunne vurdere konsernets stilling og resultat.⁸⁰ I forarbeidene til aksjeloven av 1976 ble det drøftet hvorvidt bestemmelsen skulle innebære en plikt for datterselskapet til å gi opplysninger av eget tiltak. Uttalelsene forutsetter at det ikke skulle foreligge en slik plikt.⁸¹ Dette synspunktet har imidlertid ikke kommet til uttrykk hverken i aksjeloven av 1976 eller i aksjelovene av 1997. Bestemmelsen må derfor forstås slik at den pålegger styret i et datterselskap å gi opplysninger av eget tiltak.⁸²

Bestemmelsen i asl. /asal. § 6-16 første ledd omfatter ikke bare heleide datterselskaper, men også datterselskaper med minoritetsaksjonærer utenom morselskapet. Opplysningsplikten gjelder imidlertid bare overfor morselskapet. Den omfatter derimot ikke minoritetsaksjonærer i datterselskapet.⁸³

For det første gir opplysningsplikten morselskapet en løpende og i praksis ubegrenset adgang til informasjon om datterselskapets forhold. Asl./ asal. § 6-16 pålegger datterselskapet en alminnelig plikt til å gi styret i morselskapet opplysninger om forhold av betydning for konsernets stilling og resultat.⁸⁴

For det andre oppnår morselskapet en særlig stilling i forhold til selskapets øvrige aksjonærer. Den alminnelige aksjonær kan i utgangspunktet bare få opplysninger om selskapets forhold ved å møte på generalforsamlingen.⁸⁵ Gjennom asl./ asal. § 6-16 vil morselskapet få tilgang til opplysninger om datterselskapets forhold som de øvrige aksjonærene ikke får.⁸⁶ Verken styret i morselskapet eller styret i det datterselskap som avgir opplysningene har noen alminnelig plikt til å sørge for at også selskapets øvrige aksjonærer får tilgang til opplysninger som er gitt til morselskapet.⁸⁷

⁸⁰ Aarbakke m/flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 417.

⁸¹ Innst. O. (1970) s. 120.

⁸² Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 416.

⁸³ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 416.

⁸⁴ Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret s. 486.

⁸⁵ Jfr. asl./ asal. §§ 5-1 til 5-4 samt bestemmelsen om ledelsens opplysningsplikt i asl./ asal. § 5-15.

⁸⁶ Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret s. 487.

⁸⁷ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 417.

Asl./ asal. § 6-16 andre ledd regulerer morselskapets plikter overfor datterselskapet. Morselskapet plikter å underrette styret i et datterselskap om forhold som kan ha betydning for konsernet som helhet. Begrunnelsen for bestemmelsen er at datterselskapets styre, og da særlig ansattrepresentanter, har behov for slike opplysninger.⁸⁸

Opplysningsplikten etter andre ledd gjelder generelt forhold som kan betydning for konsernet som helhet. Plikten til å informere datterselskapet er ikke begrenset til formelle beslutninger som morselskapet treffer eller planlegger å treffe. Det er heller ikke et vilkår at beslutningen er rettet direkte mot vedkommende datterselskap. Morselskapets opplysningsplikt omfatter både forhold som har inntruffet, og forhold som vil inntreffe.⁸⁹ Som eksempler på hva som kan ha en slik betydning at det faller inn under opplysningsplikten, kan nevnes utvidelser og innskrenkninger i deler av konsernets virksomhet, og forhold som kan innebære at konsernet opphører.⁹⁰ Morselskapets opplysningsplikt er imidlertid begrenset til saker av en viss viktighet.⁹¹

Asl./ asal. § 6-16 andre ledd andre punktum pålegger morselskapets styre opplysningsplikt om beslutninger som kan ha betydning for datterselskapet. Formålet bak bestemmelsen er å gi datterselskapet muligheter til å øve innflytelse på beslutninger som skal treffes i morselskapet når disse vil ha betydning for datterselskapet.⁹² Dette forutsetter at saken forelegges datterselskapets styre i så god tid at det har en reell mulighet til å øve innflytelse på avgjørelsen.⁹³ Bestemmelsen antas å forutsette at en eventuell uttalelse fra datterselskapets styre skal inngå i beslutningsgrunnlaget i morselskapet, men bestemmelsen gir ikke datterselskapets styre noen vetorett i saken.⁹⁴

⁸⁸ Ot. prp. 23 (1996-97) s. 148.

⁸⁹ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 417.

⁹⁰ NOU 1996:3 s. 192.

⁹¹ Ot. prp. 23 (1996-97) s. 149.

⁹² NOU 1996:3 s. 192.

⁹³ NOU 1996:3 s. 192.

⁹⁴ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 417.

Om forholdet mellom morselskapets opplysningsplikt etter henholdsvis asl./ asal. § 6-16 første og andre punktum heter det i forarbeidene at andre punktum bare gjelder forhold som har direkte eller spesiell betydning for datterselskapet, mens første punktum gjelder opplysninger som angår konsernet generelt.⁹⁵ En annen forskjell er at opplysningsplikten etter asl./ asal. § 6-16 andre punktum bare gjelder forhold som det skal treffes en formell beslutning om. Dette er ikke noe vilkår etter første punktum.⁹⁶

Asl./ asal. § 6-16 andre ledd pålegger morselskapet en opplysningsplikt som ikke påhviler alminnelige aksjonærer.⁹⁷ I dette ligger en anerkjennelse av at morselskapet faktisk leder konsernet, og antakelig også en rett for morselskapet til å drive slik konsernledelse.⁹⁸

I den gjensidige informasjons- og opplysningsplikten mellom mor- og datterselskap vil det også ligge en forutsetning om konsernet som noe mer enn en sammenslutning av enkeltelskaper. Dersom man anvender synspunktet om at hvert enkelt konsernselskap er en selvstendig enhet og konsernet som sådan ikke er noe mer enn en sammenslutning av disse, vil asl./ asal. § 6-16 være i strid med det alminnelige aksjerettslige prinsipp om at aksjonærer skal likebehandles. Bakgrunnen for dette er at bestemmelsen pålegger datterselskapet en særlig opplysningsplikt, samt at den gir morselskapet tilgang til informasjon som de øvrige aksjonærene ikke har. Ser man hvert konsernselskap som en selvstendig enhet, vil en bestemmelse om gjensidig opplysnings- og informasjonsplikt være uheldig ut fra et forretnings- og konkurransemessig synspunkt.⁹⁹

Ser man derimot konsernet som sådan som en enhet, er regler om informasjons- og opplysningsplikt mellom konsernselskapene av avgjørende betydning for å kunne oppnå en optimal utnyttelse av de fordelene en konserndannelse innebærer.¹⁰⁰ Bestemmelsen i

⁹⁵ NOU 1996:3 s. 192.

⁹⁶ NOU 1996:3 s. 192.

⁹⁷ Krüger Andersen: Studier i dansk konsernret s. 47.

⁹⁸ Krüger Andersen: Studier i dansk konsernret s. 47.

⁹⁹ Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2002 s. 108.

¹⁰⁰ Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2002 s. 108.

asl./asal. § 6-16 legger på denne måten forholdene til rette for konsernledelse gjennom dannelsen av en særegen konsernrettslig informasjons- og kommunikasjonsstruktur.¹⁰¹ I dette ligger en aksept av at det i forholdet mellom to mor- og datterselskap gjør seg gjeldende særlige behov for utveksling av opplysninger og informasjon i forhold til hva som er tilfellet for alminnelige aksjonærforhold.¹⁰²

3.5 Ansattes rett til å velge styremedlemmer og medlemmer til bedriftsforsamlingen i konsernforhold

Aksjelovenes bestemmelser om de ansattes representasjon i konsernforhold gir de ansatte i et konsern rett til representasjon i henholdsvis morselskapets styre og morselskapets bedriftsforsamling, jfr. asl./ asal. § 6-5 og § 6-35. Bakgrunnen for bestemmelsen er de spesielle maktforhold som gjør seg gjeldende i konserner.¹⁰³

Bestemmelsene gir ingen lovbestemt rett til konsernrepresentasjon, men gir Kongen myndighet til å treffe vedtak om slik representasjon.¹⁰⁴ Vedtak om konsernrepresentasjon innebærer at antall ansatte i de konsernselskapene konsernordningen omfatter blir lagt sammen ved beregningen av om vilkårene for ansatterepresentasjon i styre og bedriftsforsamling i morselskapet er oppfylt. Vedtak om konsernrepresentasjon innebærer videre at ansattes styrerepresentanter eller representanter i bedriftsforsamlingen i det selskap som er pålagt konsernrepresentasjon, velges av og blant de ansatte i hele konsernet, eventuelt i de konsernselskapene som konsernordningen omfatter.¹⁰⁵

Bestemmelsenes viktigste funksjon er at de gir ansatte i hele konsernet rett til å delta i den overordnede styringen av konsernet.¹⁰⁶

¹⁰¹ Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2002 s. 109.

¹⁰² Sml. Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret s. 480 flg.

¹⁰³ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 37.

¹⁰⁴ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 356.

¹⁰⁵ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 356.

¹⁰⁶ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 381.

Vedtak om konsernrepresentasjon innebærer imidlertid ikke i seg selv at morselskapet får noen større myndighet til å treffe vedtak i de øvrige konsernselskapenes saker enn det som følger av aksjelovens alminnelige regler.¹⁰⁷ Konsernrepresentasjon innebærer heller ikke noen plikt for det enkelte konsernselskaps styre eller daglige ledelse til å forelegge saker for morselskapet.¹⁰⁸

Begrunnelsen for reglene om konsernrepresentasjon er at morselskapet ofte treffer beslutninger som har avgjørende betydning for datterselskapenes forhold.¹⁰⁹

Bestemmelsene gjenspeiler på denne måten spenningsforholdet mellom konsernet og det enkelte konsernselskap i konsernets ordinære drift. For de ansatte i datterselskapene foreligger derfor en interesse i å være representert i morselskapets ledende organer, eventuelt i organene i et annet konsernselskap.¹¹⁰ Det er på dette nivå i konsernet de avgjørende premissene for datterselskapets virksomhet blir lagt.¹¹¹

Bestemmelsene om konsernrepresentasjon innebærer en aksept av at det i et konsern gjør seg gjeldende særegne forhold som tilsier at ansatte fra hele konsernet bør inkluderes i beslutningsprosessen i det selskap som reelt sett har den avgjørende innflytelsen. Konsernet betraktes på denne måten som en enhet.

Sammen med bestemmelsen i asl./ asal. § 6-16 om datterselskapets forhold til morselskapet bidrar reglene om konsernrepresentasjon til å skape en konsernrettslig informasjons- og kommunikasjonsstruktur som også inkluderer de ansatte.¹¹² I dette ligger også en anerkjennelse av at morselskapet rent faktisk leder konsernet gjennom sin generalforsamling, sitt styre og sin bedriftsforsamling.¹¹³

¹⁰⁷ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 381.

¹⁰⁸ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 382.

¹⁰⁹ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 357.

¹¹⁰ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 357.

¹¹¹ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 36.

¹¹² Sml. Ot. prp. 36 (1993-94) s. 209, som begrunner bestemmelsen i asl./ asal. § 6-16 andre ledd særlig ut fra hensynet til de ansattes representanter i datterselskapets styre.

¹¹³ Krüger Andersen: Studier i dansk konsernret s. 47. Sml. NOU 1994:7 s. 28, der det gis tilslutning til at konsernstyrets strategiske vurderinger måtte være førende i prosessen.

3.6 Kreditt til aksjeeiere m.v.

3.6.1 Problemstillingen

Driften av konsernet som en økonomisk og organisasjonsmessig enhet, vil i mange tilfeller gjøre det ønskelig for konsernselskapene å kunne bistå hverandre gjennom kreditt- og sikkerhetsstillelser. Asl./asal. § 8-7 innebærer imidlertid i utgangspunktet en begrensning i adgangen til et slikt samarbeid: Bestemmelsen begrenser adgangen til å gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for en aksjonær.

I asl./asal. § 8-7 tredje ledd nr. 2 gjøres det et unntak fra denne begrensningen for kreditt eller sikkerhetsstillelse som skjer til fordel for morselskapet eller annet selskap i samme konsern.

Problemstillingen i det følgende er om unntaksbestemmelsen for kreditt og sikkerhetsstillelse mellom konsernselskaper medfører at konsernet betraktes som en enhet, og om det ut fra dette kan utledes en rett for morselskapet til å utøve konsernledelse.

3.6.2 Unntaket for kreditt og sikkerhetsstillelse mellom konsernselskaper

Asl./ asal. § 8-7 første ledd begrenser selskapets adgang til å gi kreditt eller sikkerhet til fordel for aksjonærer og aksjonærers nærstående. I andre ledd utvides kretsen til å omfatte aksje- eller andelseier i annet selskap i samme konsern, eller noen av dennes nærstående.

Begrunnelsen for reglene må søkes i de særlige betenkeligheter som knytter seg til disse typer disposisjoner når de foretas til fordel for den nevnte personkrets.¹¹⁴ Bakgrunnen for dette er vernet av selskapets egenkapital. Disposisjoner til fordel for aksjonærer eller aksjonærers nærstående vil ofte ikke være gjenstand for en kritisk forretningsmessig vurdering.¹¹⁵

¹¹⁴ Andenæs: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 351.

¹¹⁵ Ot. prp. 36 (1993-94) s. 62. Sml. Ot. prp. 21 (2002-03) s. 9.

Asl./ asal. § 8-7 første ledd innebærer ikke noe forbud mot at selskapet gir kreditt eller stiller sikkerhet til fordel for en aksjeeier, men det oppstilles strenge vilkår for at dette kan skje.

For det første kan selskapet bare gi kreditt eller stille sikkerhet innenfor rammen av de midler selskapet kan utdele som utbytte. Det godkjente årsregnskap for siste regnskapsår setter et tak for utlånsrammen inntil neste års godkjenning.¹¹⁶

For det andre kan selskapet bare gi kreditt eller stille sikkerhet dersom det stilles betryggende sikkerhet for kravet om tilbakebetaling eller tilbakesøking. I dette ligger at det må være stilt særskilt sikkerhet for selskapets krav eller regresskrav, som pantesikkerhet, garanti og lignende. Det er ikke tilstrekkelig at debitor er utvilsomt betalingsgod.¹¹⁷

Unntaket for konsernforhold i asl./ asal. § 8-7 tredje ledd nr. 2 innebærer imidlertid at et datterselskap fritt kan gi kreditt eller stille sikkerhet til fordel for sitt morselskap eller til fordel for et søsterselskap. Morselskapet kan være både norsk og utenlandsk jfr. asl./ asal. § 1-4 andre ledd andre punktum.

Begrunnelsen for unntaket er at de hensyn som ligger bak den generelle begrensningen i å gi kreditt eller stille sikkerhet i alminnelige aksjonærforhold, ikke vil gjøre seg gjeldende i konsernforhold. I dette ligger en aksept av at det mellom selskaper i samme konsern er et økonomisk og organisasjonsmessig fellesskap som gjør det nødvendig å kunne gi kreditt og stille sikkerhet i større grad enn hva som er tilfellet mellom selskapet og en ordinær aksjonær. I et konsernforhold vil det være et forretningsmessig behov for slik kreditt- og sikkerhetsstillelse.¹¹⁸

Gjennom unntaket for konsernforhold gis det dermed uttrykk for en modifikasjon i prinsippet om at hvert selskap har et selvstendig kapitalforhold og hefter selvstendig for

¹¹⁶ Andenæs: Aksjeloven og allmennaksjeloven s. 354.

¹¹⁷ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 503.

¹¹⁸ Ot. prp. 36 (1993-94) s. 63.

sine forpliktelser. I enkelte tilfeller må konsernet behandles som et økonomisk fellesskap. Disposisjoner som foretas innenfor denne rammen, vil derfor ikke være forbundet med de samme betenkeligheter som disposisjoner som foretas mellom selskapet og alminnelige aksjonærer.¹¹⁹

Dette synspunktet støttes videre av forarbeidenes uttalelser om at lån og sikkerhetsstillelser innenfor konsernforhold ikke vil føre til at midlene forsvinner ”ut av systemet”.¹²⁰ Et lån eller en sikkerhetsstillelse til fordel for morselskapet vil dessuten være underlagt de samme begrensningene som datterselskapet med hensyn til utbytte m.v.¹²¹ Konsernet betraktes på denne måten som et system, eller, sagt på en annen måte, som en enhet.¹²²

Utvidelsen av konserndefinisjonen i asl./ asal. § 1-4 andre ledd andre punktum innebærer dessuten en aksept av den realitet at stadig flere norske selskaper inngår i konsernforhold med utenlandsk morselskap.¹²³

Asl./ asal. § 8-7 tredje ledd oppstiller ingen betingelser for adgangen til å gi kreditt eller stille sikkerhet i konsernforhold.¹²⁴ Bestemmelsen kan dermed innebære en fare for et datterselskap kan komme i en tvangssituasjon i forhold til å gi lån til morselskapet. Dette vil kunne være skadelig for datterselskapets øvrige aksjonærer og kreditorer.¹²⁵

¹¹⁹ Sml. Andenæs: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 351.

¹²⁰ Ot. prp. 36 (1993-94) s. 62. Sml. Ot. prp. 21 (2002-03) s. 9.

¹²¹ Ot. prp. 36 (1993-94) s. 62.

¹²² Sml. Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2002 s. 116, som beskriver den tilsvarende bestemmelsen i den danske aktieselskabsloven § 115 a som det viktigste eksempelet på en ekte konsernregel.

¹²³ Ot. prp. 21 (2002-03) s. 12.

¹²⁴ Sml. Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2002 s. 116.

¹²⁵ Ot. prp. 36 (1993-94) s. 61.

Unntaksbestemmelsen for konsernforhold innebærer på denne måten en klar forutsetning om morselskapets rett til å drive konsernledelse selv om dette skjer på bekostning av datterselskapet og dets kreditorer.¹²⁶

3.7 Konsernkonto

3.7.1 Problemstillingen

Driften av et konsern vil i mange tilfeller gjøre det ønskelig å opprette en felles bankkonto for konsernselskapene, en konsernkonto. Dette er en felles bankkonto hvor deltakerne i et konsern kan sette inn og låne penger.

Konsernkontoordningen er i utgangspunktet ikke lovregulert, men bygger på standardiserte avtaler mellom bankene og det enkelte konsern. Problemstillingen i det følgende er om avtalepraksis om konsernkontoordningen betrakter konsernet som en enhet eller som en sammenslutning av enkeltselskaper.

Avtalepraksis kan bidra til å kaste lys over grunnleggende konsernspørsmål fordi praksisen er utviklet innenfor rammene av aksjelovenes konsernregler. Det gjelder i første rekke bestemmelsen i asl./ asal. § 8-7 tredje ledd nr. 2 som gjør unntak for konsernforhold i forhold til hovedregelen om begrensningen i å gi kreditt eller stille sikkerhet jfr. asl./ asal. § 8-7 første ledd. Asl./ asal. § 3-9 om konserninterne transaksjoner vil imidlertid også være av betydning for konsernkontoordningen. Problemstillingen blir om bestemmelsene medfører en begrensning i adgangen til å anvende konsernkonto.

3.7.2 Avtaleregulering av konsernkonto

Konsernkontoen opprettes gjennom inngåelse av en konsernkontoavtale mellom banken og et av selskapene i konsernet, som regel morselskapet. Selskapet som inngår avtalen

¹²⁶ Sml. Ot. prp. 36 (1993-94) s. 61, hvor Oslo Børs og Norske Finansanalytikerforening etterlyser begrensninger i morselskapets adgang til å kreve kreditt- eller sikkerhetsstillelse fra et datterselskap.

med banken, kalles ofte for konsernkontoinnehaver. De andre selskapene i konsernet knyttes deretter til konsernkontoavtalen gjennom ulike deltakeravtaler.

Ved konsernkontoavtalen opprettes det en hovedkonto for konsernet ”konsernkonto”. Etter avtalepraksis er det ikke mulig å gjøre direkte innskudd eller uttak på konsernkontoen. Dette må istedet gjøres gjennom en eller flere underkonti som hvert av de deltakende selskaper tildeles.

Formålet med å operere med en felles konsernkonto i stedet for separate konti for hvert enkelt konsernselskap er å oppnå en bedre utnyttelse av konsernets samlede likviditet.¹²⁷ For det første vil konsernet ved en samlet plassering av likviditeten kunne oppnå bedre vilkår overfor banken enn det enkelte konsernselskap kunne gjort gjennom separate avtaler. For det andre gjør konsernkontoordningen det mulig for et konsernselskap med underskuddslikviditet og behov for kreditt å benytte seg av et annet konsernselskaps overskuddslikviditet.¹²⁸

Konsernkontoavtalens grunnleggende problemstilling er hvorvidt et innskudd på en konsernkonto skal betraktes som et lån til banken fra det enkelte konsernselskap eller som et lån fra datterselskap til morselskap. Dersom det første synspunktet legges til grunn, taler dette for å anse det enkelte konsernselskap som en selvstendig juridisk enhet. Legges derimot det andre synspunktet til grunn, taler dette for å anse konsernet som en enhet.

Rent praktisk fungerer en underkonto som en ordinær bankkonto. Utgangspunktet er derfor at et innskudd på en slik konto klassifiseres som et bankinnskudd, dvs et lån fra det enkelte datterselskap til banken, om ikke annet er avtalt.¹²⁹

Konsernkontoavtalens ordlyd presiserer imidlertid i de aller fleste tilfeller at saldoen på underkontoen gir uttrykk for et mellomværende mellom underkontoinnehaver

¹²⁷ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 138.

¹²⁸ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 138.

¹²⁹ Wiig: Skranker for bruk av konsernkonto, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 2 1995 s. 48.

(datterselskapet) og konsernkonto innehaver (morselskapet). Som en følge av dette innebærer et innskudd på underkontoen ikke et krav mot banken, men et krav mot morselskapet.¹³⁰

Begrunnelsen for at de fleste konsernkontoavtaler inneholder en klausul som gjør underkonti til et kontoforhold mellom mor- og datterselskap, er konkurssituasjonen. Dersom et av konsernselskapene går konkurs, hva enten det gjelder mor- eller datterselskap, må det avgjøres hvem som har retten til innestående på konsernkontoen.¹³¹

Dersom konsernkontoavtalen innebærer at hvert konsernselskap har egne innskudd i banken, er det ikke grunnlag for å trekke innestående på datterselskapets underkonto inn i morselskapets konkurs. Kravet mot banken er i så fall et krav som ikke tilkommer morselskapet. Banken på sin side må utbetale brutto innestående på konsernkontoen til de ulike deltakerne.¹³² Innebærer avtalen derimot at datterselskapets innskudd er et lån til morselskapet, vil innskuddene inngå i morselskapets konkursbo og datterselskapet må i utgangspunktet nøye seg med et dividendekrav.¹³³

På denne måten har avtalepraksis om konsernkontoordningen tatt stilling til konsernspørsmålet. Ved at saldoen på den enkelte underkonto er et mellomværende mellom mor- og datterselskap og ikke mellom den enkelte underkonto innehaver og banken, betraktes konsernet som en enhet.

3.7.3 Lovregulering av konsernkonto

Konsernkontoordningen innebærer en særlig form for kreditt- eller sikkerhetsstillelse til fordel for aksjeeier, jfr. asl./ asal. § 8-7 første ledd. Fordi begrensningen i adgangen til å gi kreditt eller stille sikkerhet ikke gjelder for konsernforhold, innebærer bestemmelsen i utgangspunktet ikke noen skranke for adgangen til å anvende konsernkonto.

¹³⁰ Wiig: Skranker for bruk av konsernkonto, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 2 1995 s. 48.

¹³¹ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 139.

¹³² Wiig: Skranker for bruk av konsernkonto, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 2 1995 s. 48.

¹³³ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 139.

Forarbeidene bygger også på en klar forutsetning om at bestemmelsen i § 8-7 tredje ledd nr. 2 ikke innebærer noen begrensning i adgangen til å anvende konsernkonto.¹³⁴

Asl./ asal. § 1-4 andre ledd andre punktum fastslår at bestemmelsen i asl./ asal. § 8-7 tredje ledd nr 2 også gjelder for konsernforhold med utenlandsk morselskap. For slike konsernforhold pålegges imidlertid datterselskapet å påse at konsernkontoordningen ikke er i strid med norsk lov.¹³⁵

Bakgrunnen for dette er at et innskudd på en underkonto betraktes som et lån fra det datterselskapet til morselskapet og ikke som et lån fra datterselskapet til banken. Se punkt 3.7.2 foran.

Den grunnleggende tanke bak konsernkontoordningen er at konsernet økonomisk og organisasjonsmessig fungerer som en enhet. På bakgrunn av dette vil det i konsernforhold gjøre seg gjeldende et særlig forretningsmessig behov for å gi kreditt og stille sikkerhet.¹³⁶ Dette behovet ivaretas gjennom konsernkontoordningen som gjør det mulig for det enkelte konsernselskap å utnytte den overskudds- og underskuddslikviditet som finnes i de andre konsernselskapene. Begrunnelsen for dette er at transaksjoner mellom konsernselskaper innenfor rammen av en konsernkontoavtale som regel vil være forretningsmessig begrunnet.¹³⁷ I dette ligger en klar forutsetning om at konsernkontoavtalen binder konsernet sammen til en enhet.

Asl./ asal. § 3-9 om konserninterne transaksjoner er også av betydning for konsernkontoordningen idet et konsernselskaps kreditt- eller sikkerhetsstillelse til fordel for et annet konsernselskap innebærer at det skjer en overføring innen konsernet.¹³⁸

¹³⁴ Ot. prp. 36 (1993-94) s. 62. Uttalelsene om konsernkontoordningen gjelder forholdet mellom asl./ asal. § 8-7 tredje ledd nr 2 og konserndefinisjonen i asl./ asal. § 1-3, men antas å ha betydning for konsernkontoordningen i sin alminnelighet.

¹³⁵ Ot. prp. 21 (2002-03) s. 12.

¹³⁶ Ot. prp. 36 (1993-94) s. 63.

¹³⁷ Ot. prp. 36 (1993-94) s. 62. Sml. Ot. prp 21 (2002-03) s. 9.

¹³⁸ Se punkt 3.12 nedenfor. Bestemmelsen oppstiller et generelt krav til at transaksjoner mellom konsernselskaper skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper, jfr. asl./ asal. § 3-9.

Bestemmelsen er i utgangspunktet ikke til hinder for etablering og anvendelse av konsernkontoordninger.¹³⁹ Såfremt konsernkontoordningen har en alminnelig forretningsmessig begrunnelse og ellers fremstår som normal, må vilkårene i asl./ asal. § 3-9 ansees å være oppfylt.¹⁴⁰

Forarbeidenes uttalelser om forholdet mellom bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 og konsernkonto bygger på en forutsetning om at ordningen er en viktig virkemiddel for at konsernet økonomisk og organisasjonsmessig skal kunne fungere som en enhet.

3.8 Fusjon mellom konsernselskaper

Fusjonsbegrepet er definert i asl./ asal. § 13-2 første ledd. En konserndannelse har mange likhetstrekk med en fusjon.¹⁴¹ Begge konstellasjonene forutsetter at det ene selskap helt eller delvis overtar et eller flere andre selskap. Videre er den grunnleggende målsetning bak både en konserndannelse og en fusjon å utnytte de fordelene som ligger i en stordriftsvirksomhet.¹⁴²

På tross av denne likheten, kan det også innen et konsern være behov for å gjennomføre fusjoner mellom et eller flere konsernselskaper.

Asl./ asal. § 13-2 annet ledd regulerer fusjon i konsernforhold der det overtakende selskap tilhører et konsern og der morselskapet eller et av de andre konsernselskapene har mer enn 90 prosent av stemmene i det overtakende selskap.¹⁴³

Bestemmelsens formål er å forenkle innfusjonering i konsern.¹⁴⁴ Virksomheten i det overdragende selskap kan innfusjoneres direkte i det overtakende selskap uten at

¹³⁹ Ot. prp. 23 (1996-97) s. 136.

¹⁴⁰ Ot. prp. 23 (1996-97) s. 136.

¹⁴¹ Krüger Andersen: Studier i dansk konsernret s. 171.

¹⁴² Krüger Andersen: Studier i dansk konsernret s. 171, som påpeker at en konserndannelse vil være mer fleksibel og tilpasningsdyktig enn en sammenslutning som følge av en fusjon.

¹⁴³ Giertsen: Fusjon og fisjon s. 132.

¹⁴⁴ Andenæs: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 443.

eierforholdet i dette endres, og aksjonærene i det overdragende selskap kan i stedet få aksjer i et annet konsernselskap.¹⁴⁵

Asl./ asal. § 13-23 og § 13-24 åpner adgang for forenklet fusjon av henholdsvis heleid datterselskap (vertikal fusjon), og mellom to heleide datterselskaper av samme morselskap (horisontal fusjon).

En beslutning om fusjon mellom morselskap og heleid datterselskap kan vedtas i selskapenes styre, jfr. asl. § 13-23 og asal. § 13-24.¹⁴⁶ Det er ikke påkrevet med beslutning i selskapenes generalforsamlinger slik asl./ asal. § 13-3 andre ledd krever. Bakgrunnen for dette er at styret i morselskapet er generalforsamling i datterselskapet.¹⁴⁷ For fusjon mellom morselskap og heleid datterselskap gjelder det også et forenklet dokumentasjonskrav jfr. asl./ asal. § 13-23 annet ledd nr. 2 og § 13-24 annet ledd nr. 3. Det er tilstrekkelig at selskapenes årsregnskap, årsberetning, revisjonsberetning og mellombalanse legges ut til ettersyn for aksjonærene på selskapets kontor i stedet for å sendes. Begrunnelsen for regelen er at en fusjon mellom morselskap og heleid datterselskap ikke berører aksjeeierne på samme måte som ordinære fusjoner, samt at et krav om utsending av dokumentasjon vil innebære en uforholdsmessig omkostning for selskapene.¹⁴⁸

I de tilfeller der morselskapet eier samtlige aksjer i datterselskapet, vil det ikke bli snakk om noe vederlag fra det overtakende selskap. Vederlaget ville i tilfelle innebære at morselskapet ervervet egne aksjer i strid med prinsippet i asl. § 13-16 første ledd annet punktum jfr. asal. § 13-17 første ledd annet punktum nr 4. Asl./ asal. § 13-23 og § 13-24 er forenklet i forhold til de alminnelige fusjonsreglene ved at bestemmelser som har sammenheng med vederlagsfastsettelsen er sløyfet.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Giertsen: Fusjon og fisjon s. 134.

¹⁴⁶ Giertsen: Fusjon og fisjon s. 259.

¹⁴⁷ Giertsen: Fusjon og fisjon s. 259.

¹⁴⁸ Ot. prp. 21 (2002-03) s. 14. Sml. Bråthen: Dokumentasjonskrav ved fusjon mellom morselskap og heleid datterselskap, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 3 2000 s. 271 flg.

¹⁴⁹ Andenæs: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 458.

Bestemmelsene i asl./ asal. § 13-2 annet ledd og asl./ asal. § 13-23 og § 13-24 bygger på en forutsetning om at konsernet utgjør en økonomisk og organisasjonsmessig enhet som gjør at en fusjon mellom konsernselskaper kan gjennomføres på en noe enklere måte enn mellom to alminnelige selskaper.

3.9 Konserninterne transaksjoner

3.9.1 Problemstillingen

Fremstillingen av konsernreguleringen i norsk rett har hittil dreiet seg om tilfeller der lovgiver har tatt en relativt klart standpunkt til konsernspørsmålet. Mangelen på en samlet konsernregulering viser at konsernet i norsk rett betraktes som en sammenslutning av rettslig selvstendige enkeltselskaper. Den konsernreguleringen som finnes, viser at konsernet i enkelte tilfeller utgjør en slik økonomisk og organisasjonsmessig enhet at det også rettslig betraktes som en enhet.

Fra disse ytterpunktene finnes det i aksjelovene en bestemmelse som gir uttrykk for at lovgiver ikke har tatt et klart standpunkt til spørsmålet om konsernet er en enhet eller en sammenslutning av enkeltselskaper.

Bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 om konserninterne transaksjoner oppstiller et generelt krav til at transaksjoner mellom selskaper i samme konsern skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. Konsernrettens grunnleggende problemstilling kommer på spissen i forhold til hva som er målestokken for hvorvidt en transaksjon kan sies å være grunnet på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. Målestokken kan være det enkelte konsernselskap eller konsernet som helhet.

Legger man til grunn at det enkelte konsernselskap er målestokken, skal den enkelte transaksjon vurderes isolert i forhold til det enkelte selskaps interesse. Dette fører til at ytelser mellom konsernselskaper måles mot hverandre etter ytelsenes regnskapsmessige verdi, og vurderes innenfor det enkelte regnskapsår.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 90.

Legger man til grunn at konsernet er målestokken for hvorvidt en transaksjon er grunnet på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper, må transaksjonen vurderes i forhold til konsernet som en helhet og ikke bare i forhold til det eller de konsernselskaper som transaksjonen isolert sett angår. Transaksjonen må også betraktes ut fra et videre tidsperspektiv enn det enkelte regnskapsår.¹⁵¹

Det er dette spørsmålet Rozenblum-doktrinen omhandler. Dersom doktrinen tre kriterier om henholdsvis fast etablert konsernstruktur, konsekvent og koordinert konsernpolitikk og balansert fordeling av fordeler og ulemper er oppfylt, er det konsernet som helhet, og ikke det enkelte konsernselskap som er målestokken. Se punkt 2.3 foran.

3.9.2 Transaksjoner mellom konsernselskaper

Generelt kan det sies at transaksjoner mellom selskaper i samme konsern må gjennomføres i samsvar med aksjelovenes alminnelige bestemmelser om kapitalforhold, minoritetsbeskyttelse og kreditorbeskyttelse.¹⁵² Videre må konserninterne transaksjoner følge de alminnelige regler om saksbehandling og kompetansefordeling mellom selskapsorganene. De må fremlegges og behandles av styret i det enkelte konsernselskap, og en eventuell styrebehandling skal protokollføres. Styret har på vanlig måte erstatningsansvar for sine beslutninger.¹⁵³

Sett fra et annet synspunkt er aksjelovenes alminnelige bestemmelser i utgangspunktet ikke til hinder for forskjellige former for samarbeid og samordning mellom konsernselskaper.¹⁵⁴ Som en følge av at konsernselskapene i utgangspunktet er rettslig selvstendige enheter, står de fritt til å kontrahere med hverandre.¹⁵⁵

¹⁵¹ Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 90.

¹⁵² Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 1 2004 s. 7.

¹⁵³ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 1 2004 s. 7.

¹⁵⁴ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 178.

¹⁵⁵ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 74.

Dette utgangspunktet presiseres av asl./ asal. § 3-9 om konserninterne transaksjoner. Bestemmelsen er særegen for konsernforhold og angir i første ledd utgangspunktene for håndteringen av konserninterne transaksjoner ved å oppstille prinsipper for fordeling av rettigheter, plikter, inntekter og utgifter.¹⁵⁶

Asl./ asal. § 3-9 gjelder transaksjoner mellom selskaper i samme konsern og regulerer både transaksjoner mellom mor- og datterselskap og transaksjoner datterselskapene imellom.

Bestemmelsen gjelder transaksjoner mellom selskaper. Dette omfatter både avtaler og andre rettslige disposisjoner. Bestemmelsen oppstiller videre ingen begrensning i forhold til disposisjonens art og den kommer dermed til anvendelse både ved kjøp, leie, lån, tjenesteytelse eller andre ytelser.¹⁵⁷

Transaksjonsbegrepet må imidlertid avgrenses mot åpne overføringer som lovlig kan foretas mellom konsernselskaper, f.eks. utbytte og konsernbidrag.¹⁵⁸

Det grunnleggende hensyn bak bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 om konserninterne transaksjoner er beskyttelsen av det enkelte datterselskap og dets aksjonærer og kreditorer.¹⁵⁹ Selv om konsernet økonomisk og organisasjonsmessig fungerer som en enhet, er det enkelte konsernselskap rettslig selvstendige enheter. Det som er til det beste for konsernets samlede økonomiske interesse, er ikke alltid til det beste for det enkelte konsernselskap.¹⁶⁰ Den omstendighet at konsernselskaper er undergitt felles kontroll, skaper dessuten en særlig risiko for at det foretas disposisjoner som favoriserer et konsernselskap på et annet konsernselskaps bekostning. Slike interessekonflikter aktualiseres ved at det kan være personer med interesser knyttet til et konsernselskap som ikke har noen tilsvarende interesse knyttet til konsernet som sådan.¹⁶¹

¹⁵⁶ NOU 1996:3 s. 87.

¹⁵⁷ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 179.

¹⁵⁸ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 179.

¹⁵⁹ Bråthen: De nye lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, Lov og Rett 1997 s. 530.

¹⁶⁰ NOU 1996:3 s. 87.

¹⁶¹ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 178.

3.9.3 Skriftlighetskravet

I asl./ asal. § 3-9 første ledd annet punktum oppstilles det et krav til at vesentlige avtaler mellom konsernselskaper skal foreligge skriftlig. Ifølge forarbeidene er det et minstekrav at partenes ytelser og transaksjonstidspunktet angis.¹⁶² Avgjørende for om skriftformen er nødvendig, er om avtalen er ”vesentlig”. Avtaler som er av en slik art og et slikt omfang at de fremstår som helt ordinære innenfor selskapenes virksomhet, regnes ikke som vesentlige avtaler, og omfattes heller ikke av kravet om skriftlighet.¹⁶³ Skriftlighetskravet er ikke noe gyldighetsvilkår, men vil etter forholdene være et viktig bevis for at det er inngått avtaler mellom konsernselskapene.¹⁶⁴ Begrunnelsen for skriftlighetskravet er hensynet til notoritet.¹⁶⁵

3.9.4 Kravet til fremlegging og godkjenning av generalforsamlingen

Asl./ asal. § 3-9 første ledd tredje punktum presiserer at for avtaler mellom morselskap og datterselskap eller for datterselskaper imellom gjelder bestemmelsen i asl./ asal § 3-8 om avtaler med aksjeeier tilsvarende. Dette innebærer at avtalen må fremlegges for generalforsamlingen og godkjennes av denne, jfr. asl./ asal § 3-8 første ledd første punktum. I likhet med skriftlighetskravet er også denne bestemmelsen begrunnet i hensynet til notoritet.¹⁶⁶ På generalforsamlingen vil den enkelte aksjeeier få kjennskap til og kunne ta standpunkt til avtalene.¹⁶⁷ Særlig i konserner med felles konsernadministrasjon har erfaringen vist at det ofte foretas overføringer innen konsernet uten at transaksjonens innhold og transaksjonstidspunktet kan dokumenteres.¹⁶⁸

¹⁶² NOU 1996:3 s. 193.

¹⁶³ Ot. prp. 23 (1996-97) s. 136.

¹⁶⁴ NOU 1996:3 s. 193.

¹⁶⁵ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 180.

¹⁶⁶ Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørsgaard s. 886.

¹⁶⁷ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 173.

¹⁶⁸ NOU 1996:3 s. 193.

Begrunnelsen for regelen er videre at selskapet kan ha utenforstående aksjonærer i tillegg til morselskapet som har behov for beskyttelse gjennom en forsvarlig saksbehandling.¹⁶⁹

Asl./ asal. § 3-8 første ledd nr 1-3 unntar imidlertid enkelte typer avtaler fra kravet om fremleggelse og godkjenning av generalforsamlingen. Av betydning for konsernforhold er først og fremst unntaket i nr 3, som unntar ”forretningsavtaler som ligger innenfor selskapets vanlige virksomhet og inneholder pris og andre vilkår som er vanlige for slike avtaler”.

Av dette følger at saksbehandlingsregelen ikke kommer til anvendelse for forretningsmessige disposisjoner mellom selskapet og en aksjonær, som også ville vært foretatt med en utenforstående tredjemann.¹⁷⁰ Ervervet må være forretningsmessig begrunnet sett fra selskapets synsvinkel, og avtalen må være egnet til å gi selskapet en økonomisk vinning, eller beskytte det mot tap.

Avtalens innhold må samsvare med hva som er vanlig praksis i næringslivet eller med markedsmessig fastsatte prisforhold.¹⁷¹ Avtalevilkårene må etter dette være fastsatt i overensstemmelse med eventuelle eksterne normer på vedkommende område.¹⁷² Saksbehandlingsregelen i asl./ asal. § 3-8 første ledd nr 3 vil imidlertid ikke komme til anvendelse på forretningsavtaler som er mer gunstige enn hva som er vanlig for slike avtaler.¹⁷³

For å unntas fra kravet om fremlegging og godkjenning av generalforsamlingen, må transaksjonen også ligge innenfor selskapets vanlige virksomhet, jfr. asl./ asal. § 3-8

¹⁶⁹ NOU 1996:3 s. 50.

¹⁷⁰ Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 886.

¹⁷¹ Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

¹⁷² Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 891.

¹⁷³ Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 891.

første ledd nr 3.¹⁷⁴ Det kan ikke kreves at transaksjonen er i overensstemmelse med hva selskapet historisk sett har drevet med.¹⁷⁵ På den annen side kan en transaksjon tenkes å ligge utenfor selskapets vanlige virksomhet selv om den er i samsvar med vedtektenes formålsangivelse.¹⁷⁶

Avtaler som er unntatt fra saksbehandlingsregelen i § 3-8 første ledd, vil etter dette langt på vei sammenfalle med de avtaler som er grunnet på alminnelige forretningsmessige vilkår og prinsipper og som dermed er lovlige etter bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9. Det må derfor antas at asl./ asal. § 3-8 sjelden vil komme til anvendelse i konsernforhold.¹⁷⁷

Et tilfelle der gyldighetsregelen i asl./ asal. § 3-8 kan tenkes å komme til anvendelse er dersom et konsernselskap på grunn av en transaksjon fra et annet konsernselskap må involvere seg i en helt ny bransje.¹⁷⁸

3.9.5 Armlengdesprinsippet

Asl./ asal. § 3-9 oppstiller i første ledd første punktum et generelt krav til at transaksjoner mellom konsernselskaper skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper.

Gjennom henvisningen til vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper lovfester bestemmelsen et armlengdesprinsipp.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

¹⁷⁵ Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 891.

¹⁷⁶ Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

¹⁷⁷ Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 891.

¹⁷⁸ Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

¹⁷⁹ I skatteretten har armlengdesprinsippet kommet til uttrykk i skatteloven § 13-1. Bestemmelsen fastslår at skattyters formue og inntekt kan fastsettes ved skjønn dersom denne er redusert som følge av direkte eller indirekte interessefellesskap med en annen person, selskap eller innretning. Jfr. også OECD`s Mønsteravtale art. 9.

Bestemmelsens sentrale kriterium er at transaksjoner mellom selskapet skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper. Hvorvidt en transaksjon er i overensstemmelse med forretningsmessige prinsipper, må avgjøres ut fra en konkret vurdering.¹⁸⁰ Ifølge forarbeidene ligger det i dette at transaksjonen må kunne gis en forretningsmessig begrunnelse og ellers i form og innhold være i samsvar med vanlig praksis i markedet.¹⁸¹ Et eksempel på at en konsernintern transaksjon ikke har en forretningsmessig begrunnelse er at datterselskapet bidrar til å finansiere morselskapets kjøp av en virksomhet som datterselskapet isolert sett ikke har noen nytte av.

Ifølge forarbeidene ligger det i bestemmelsen også et krav om at det skal være likevekt i kontraktsforholdet når det gjelder partenes ytelse og vilkår ellers.¹⁸² Transaksjoner mellom konsernselskaper må være forretningsmessig begrunnet, og skal ikke innebære ensidige verdioverføringer fra et selskap til et annet.¹⁸³

Det har tidligere vært antatt at asl./ asal. § 3-9 ikke regulerer virkningene av at det er foretatt transaksjoner som ikke er i samsvar med armlengdesprinsippet, og at bestemmelsen ikke kan anses som selvstendig hjemmel for å pålegge det mottakende selskap restitusjonsplikt.¹⁸⁴ Dette kan imidlertid ikke være riktig.¹⁸⁵ Gjennom henvisningen i asl./ asal. § 3-9 første ledd tredje punktum til saksbehandlingsregelen i asl./ asal. § 3-8, vil ugyldighet være en sanksjonsmulighet for de avtaler som faller innenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Se punkt 3.9.4 foran.

¹⁸⁰ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 7 2004 s. 9.

¹⁸¹ Ot. prp. 2 (1991-92) s. 18.

¹⁸² NOU 1996:3 s. 192.

¹⁸³ NOU 1996:3 s. 192.

¹⁸⁴ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 179. Sml. NOU 1996:3, som forutsetter at en transaksjon mellom konsernselskaper kan bli bedømt som regulært utbytte eller en annen form for irregulær utdeling som skal tilbakeføres.

¹⁸⁵ Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett i Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen og Erik Werlauff (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 886. Sml. Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

Et utgangspunkt for hvorvidt en transaksjon kan sies å være grunnet på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper er det skatterettslige armlengdesprinsipp.¹⁸⁶ En transaksjon mellom to konsernselskaper som tilfredsstiller skatterettens krav til armlengdes internpriser, vil normalt også være i overensstemmelse med asl./ asal. § 3-9.¹⁸⁷ Det er imidlertid ingen nødvendig sammenheng mellom anvendelsen av armlengdesprinsippet i asl./ asal. § 3-9 og det skatterettslige armlengdesprinsipp. Prinsippene bygger på samme vurderingstema og kan derfor tjene til illustrasjon av hverandre. Det konkrete innhold er imidlertid så uklart at overføringsverdien er tvilsom.¹⁸⁸

Ved vurderingen av om avtalen er inngått på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper, vil det dessuten være et viktig moment at vilkårene fremstår som lojale.¹⁸⁹ Lojalitetsvurderingen må foretas med utgangspunkt i alminnelige selskapsrettslige og insolvensrettslige prinsipper.¹⁹⁰

Den nedre grense for armlengdeprinsippet utgjøres av kravet om forsvarlig egenkapital i asl./ asal. § 3-4 og 3-5.¹⁹¹ Dersom en transaksjon fører til at selskapet på kort eller lang sikt vil få uforsvarlig lav egenkapital, taler dette for at avtalen er i strid med bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9.¹⁹² Dette må særlig gjelde hvis selskapet har minoritetsaksjonærer og utenforstående kreditorer.¹⁹³

¹⁸⁶ Gjems-Onstad: Norsk Bedriftsskatterett s. 606 flg.

¹⁸⁷ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 1 2004 s. 8. Sml. Werlauff: Koncernretten s. 265.

¹⁸⁸ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 180.

¹⁸⁹ Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

¹⁹⁰ Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

¹⁹¹ Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript). Sml. i svensk rett Jan Andersson: Om vinstutdeling från aktiebolag s. 460 flg., som legger til grunn at vederlagsfri pantsetting og kausjon for morselskapets gjeld kan være i strid med utbyttreglene dersom det ved realisasjonen av sikkerheten blir gjort inngrep i den frie egenkapital.

¹⁹² Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

¹⁹³ Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

3.9.6 Målestokken for armlengdesprinsippet

Dersom det legges til grunn at konsernet er målestokken for hvorvidt en transaksjon mellom to konsernselskaper kan sies å være forretningsmessig, kan dette tilsi at det i norsk rett gjelder en Rozenblum-doktrine. I så fall vil det innebære at armlengdesprinsippet er oppfylt dersom det foreligger balanse mellom konsernselskapenes interesser og likevekt mellom ytelsene de presterer.¹⁹⁴

Anvendelsen av bestemmelsen gjenspeiler på denne måten den grunnleggende konsernrettslige problemstillingen. Er konsernet en sammenslutning av enkeltelskaper, eller er det en egen enhet?

3.9.7 Det enkelte konsernselskap som målestokk

Det enkelte konsernselskap har i utgangspunktet en selvstendig rettslig stilling i forhold til konsernet. Se punkt 3.2 foran. Dette taler for at målestokken er det enkelte konsernselskap.

Ordlyden i asl./ asal. § 3-9 første ledd første punktum taler for at bestemmelsene oppstiller et strengt armlengdesprinsipp der det enkelte konsernselskap er målestokk for vurderingen.¹⁹⁵ Kravet om at transaksjoner mellom konsernselskaper skal grunnes på vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper tilsier at målestokken bør være den samme som for uavhengige selskaper.¹⁹⁶

Forarbeidene inneholder også uttalelser som peker i retning av at det enkelte konsernselskap er målestokken for hvorvidt armlengdesprinsippet er oppfylt. Det fremheves her at bestemmelsen om konserninterne transaksjoner i asl./ asal. § 3-9 ikke innebærer noe brudd med tidligere rett, men at den representerer en lovfesting av

¹⁹⁴ Hommelhoff: Corporate Group Law for Europe - Principles and Proposals of the Forum Europaeum i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 27, som fastslår at det gjelder en Rozenblum-doktrine i forhold til bestemmelsene i den danske aktieselskabsloven § 79 og § 80.

¹⁹⁵ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

¹⁹⁶ Tryen: Aksjonærers myndighetsmisbruk s. 208.

prinsipper som følger av mer generelle aksje- og regnskapsrettslige regler.¹⁹⁷ Etter alminnelige aksje- og regnskapsrettslige prinsipper er det enkelte konsernselskap en selvstendig juridisk enhet. Dersom konsernet i alminnelighet ble tillagt en slik rettsvirkning, ville dette være et brudd med tidligere rett og således være i strid med forarbeidenes uttalelser.

Konsernet som målestokk for hvorvidt en transaksjon kan sies å være grunnet på forretningsmessige vilkår og prinsipper, vil gi større spillerom for å foreta overføringer innen konsernet og dermed også en økt risiko for at det enkelte datterselskaps aksjonærer og kreditorer blir skadelidende. Se punkt 3.9.2 foran. Dette taler for at det enkelte datterselskap er målestokken.

For heleide datterselskap vil dette stille seg annerledes. I slike konsernforhold er det ikke minoritetsaksjonærer å ta hensyn til. Begrunnelsen for bestemmelsen ligger da først og fremst i hensynet til det enkelte datterselskaps kreditorer. I konsernforhold med heleide datterselskap vil man derfor i større grad kunne godta at konsernet som helhet er målestokken for hvorvidt en transaksjon er forretningsmessig begrunnet.

Hensynet til minoritetsaksjonærer og kreditorer kommer på spissen i konsern med både hel- og deleide datterselskap. I slike konsern er det en særlig stor risiko for at det heleide datterselskap styrkes gjennom konserninterne transaksjoner på bekostning av det deleide.¹⁹⁸ Dette taler for at det enkelte datterselskap er målestokken i blandede konserner.¹⁹⁹

Dersom man anvender konsernet som målestokk for konserninterne transaksjoner, vil dette kunne medføre en økt risiko for at minoritetsaksjonærer og kreditorer blir skadelidende. Denne tapsrisikoen kan føre til manglende investeringsvilje i

¹⁹⁷ NOU 1996:3 s. 192.

¹⁹⁸ Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret s. 540.

¹⁹⁹ Sml. Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 87, som fastslår at bestemmelsen om konserninterne transaksjoner ikke gjør alminnelige minoritetsbeskyttelsesregler overflødige.

datterselskaper, noe som vil være uheldig både for det enkelte datterselskap og for konsernet.²⁰⁰ Dette taler for at målestokken er det enkelte konsernselskap.

3.9.8 Konsernet som målestokk

Aksjelovene inneholder en rekke bestemmelser som tillegger konsernets spesielle rettsvirkninger. Se punkt 3.2 foran. Reglene bygger på en forutsetning om at konsernet i enkelte tilfeller opptrer som en økonomisk og organisasjonsmessig enhet som gjør at det også rettslig bør behandles som en enhet. Ser man bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 i forhold til disse reglene, tilsier dette at målestokken for hvorvidt armlengdesprinsippet er oppfylt, er konsernet.

Forarbeidene understreker at asl./ asal. § 3-9 angir de prinsipielle utgangspunktene for håndteringen av konserninterne transaksjoner og at bestemmelsen ikke er ment som en omfattende regulering av minoritets- og kreditorinteresser i konsernforhold.²⁰¹ Dette peker i retning av et mer fleksibelt armlengdesprinsipp med konsernet som målestokk.

Forarbeidene inneholder imidlertid også en uttalelse som mer spesifikt angår spørsmålet om hva som er målestokken for hvorvidt en transaksjon mellom konsernselskaper kan sies å være forretningsmessig begrunnet. Armlengdesprinsippet i asl./ asal. § 3-9 presiseres til et krav om at det skal være likevekt i kontraktsforholdet når det gjelder partenes ytelser og vilkår ellers.²⁰² I dette ligger en viss modifikasjon i forhold til bestemmelsens ordlyd. Transaksjoner mellom konsernselskaper skal ikke vurderes isolert sett ut fra det enkelte konsernselskaps interesse, men i et bredere perspektiv ut fra hvilke konsekvenser de vil ha for så vel morselskap som datterselskap på lengre sikt.²⁰³ Dette tilsier at prisen på en transaksjon mellom to konsernselskaper ikke nødvendigvis må være den høyeste som kan oppnås i markedet når avtalen inngås, hvis transaksjonen

²⁰⁰ Sml. Bråthen: Konserninterne transaksjoner, bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

²⁰¹ Ot. prp. 23 (1996-97) s. 136.

²⁰² NOU 1996:3 s. 192.

²⁰³ Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2002 s. 113.

Sml. Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht, Festschrift Kellermann s. 263. Sml. Truyen: Aksjonærs myndighetsmisbruk s. 208.

på lengre sikt er i konsernets interesse.²⁰⁴ På denne måten legger forarbeidene til grunn at det er konsernet som helhet som er målestokken for hvorvidt armlengdesprinsippet er oppfylt.

Forarbeidenes uttalelser reiser spørsmålet om det kan oppstilles et krav om absolutt likevekt mellom morselskapets og datterselskapets ytelser, eller om ytelser mellom konsernselskaper kan veies mot hverandre på en mer skjønnsmessig måte.

Dersom man oppstiller et krav om absolutt likevekt, ville dette i praksis medføre at transaksjoner innen konsernet som medførte fordeler og ulemper for de ulike konsernselskapene, måtte utliknes krone for krone etter regnskapsmessige verdier.²⁰⁵ Utlikningen måtte også skje innenfor en kort periode, antakelig et regnskapsår.²⁰⁶ En slik bestemmelse ville ikke være mulig å praktisere i forhold til konserninterne transaksjoner.²⁰⁷ Et strengt armlengdesprinsipp ville dessuten føre til at ledelsen av konsernet måtte baseres på en detaljert vurdering av ytelsenes verdi, og på denne måten bli lite fleksibel.²⁰⁸

På bakgrunn av dette må bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 tolkes dit hen at den oppstiller et fleksibelt armlengdesprinsipp der utlikningen av fordeler og ulemper som påføres det enkelte konsernselskap, foretas på en skjønnsmessig måte der konsernet er målestokk. Utlikningen må dessuten foretas i et større tidsperspektiv enn et regnskapsår.²⁰⁹

²⁰⁴ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 7 2004 s. 9.

²⁰⁵ Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 90.

²⁰⁶ Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 90. Sml. Friis Hansen: The "Takeover" of Corporate Group Law from a Scandinavian Perspective i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 44, der bestemmelsen i asl. / asal. § 3-9 beskrives som en uberarbeidet utgave av AktG § 311. Den tyske bestemmelsen tillater spesifikt transaksjoner som medfører at et konsernselskap blir påført en ulempe dersom dette blir kompensert for ved utgangen av regnskapsåret.

²⁰⁷ Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 90.

²⁰⁸ Friis Hansen: The "Takeover" of Corporate Group Law from a Scandinavian Perspective i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Law s 35.

²⁰⁹ Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 90. Sml. Krüger Andersen: Regulation of Groups from a Danish and Nordic Perspective i Neville og Engsig Sørensen (red.): The

Armlengdesprinsippet i asl./ asal. § 3-9 første ledd må også ses i sammenheng med fordelingsregelen i asl./ asal. § 3-9 annet ledd. Bestemmelsen regulerer fordelingen av inntekter og utgifter som tilkommer konsernet, og fastslår at disse skal fordeles mellom konsernselskapene slik god forretningsskikk tilsier. Armlengdesprinsippet i asl./ asal. § 3-9 første ledd og fordelingsregelen i asl./ asal. § 3-9 andre ledd må tolkes i lys av hverandre.²¹⁰

Fordelingen av kostnader, tap, inntekter og utgifter skal skje i samsvar med det enkelte konsernselskaps forretningsmessige interesse i transaksjonene.²¹¹ Dersom inntektene og utgiftene ikke lar seg henhøre til bestemte selskaper, må fordelingen skje skjønnsmessig.²¹² Dette peker i retning av at man ved fordelingen av inntekter og utgifter kan ta hensyn til konserninteressen, og ikke bare det enkelte konsernselskaps interesse isolert sett. En skjønnsmessig fordeling tilsier også at fordelingen må skje i et bredere og mer langsiktig perspektiv. Fordelingsregelen tilsier på denne måten at målestokken for hvorvidt en transaksjon er forretningsmessig bør være konsernet som helhet og ikke det enkelte konsernselskap.

Spørsmålet om hva som skal være målestokken for om en transaksjon er grunnet på alminnelige forretningsmessige vilkår og prinsipper er i liten grad behandlet i juridisk teori. En viss veiledning gir imidlertid behandlingen av to typetilfeller av transaksjoner:²¹³

Et eksempel er rentefrie lån fra morselskap til datterselskap. Skatterettslig godtas rentefrie lån dersom datterselskapets økonomiske stilling var så svak da det rentefrie lånet ble gitt, at datterselskapet på dette tidspunkt ikke ville ha hatt kapasitet til å ta opp

Internationalisation of Companies and Company Laws s. 27, om “the principle of compensation” som målestokk for bestemmelsene i den danske aktieselskabsloven § 79 og § 80.

²¹⁰ Sml. Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript).

²¹¹ NOU 1996:3 s. 193.

²¹² NOU 1996:3 s. 193.

²¹³ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 1 2004 s. 8, som omtaler de to transaksjonstypene i forhold til det skatterettslige armlengdesprinsipp.

tilsvarende lån på kommersielle vilkår.²¹⁴ Hvis morselskapets investering i datterselskapet ville stå i faresonen uten en slik finansiering av datterselskapet, foreligger det et tungtveiende argument for at den normalt bør godtas også i forhold til asl./ asal. § 3-9.²¹⁵

Et annet eksempel på transaksjoner som godtas, er garantier fra morselskapet til datterselskapets kreditorer, selv om det ikke ytes vederlag. I slike tilfeller kan morselskapet ha en indirekte interesse i at datterselskapets økonomiske stilling styrkes, ettersom det kan gi større verdi på morselskapets aksjer i datterselskapet. Dette må gjelde i enda større grad dersom morselskapets investering i datterselskaper er truet.²¹⁶

For begge de to typer transaksjoner er det konsernet som helhet og ikke det enkelte datterselskap som er målestokken for hvorvidt en transaksjon kan sies å være i samsvar med alminnelige forretningsmessige vilkår og prinsipper. Dersom hvert datterselskap ble vurdert isolert sett, ville en garanti fra morselskapet til et enkelt datterselskap innebære en forfordeling i strid med asl./ asal. § 3-9. Vurderes konsernet som en helhet, vil morselskapet og dermed også konsernet ha en økonomisk interesse av transaksjonen, og den vil ikke være i strid med asl./ asal. § 3-9.

Lån og garantier mellom søsterselskaper i samme konsern vil imidlertid normalt ikke godtas. Dette er transaksjoner som sannsynligvis bare vil ha økonomisk interesse for det selskap transaksjonen foretas til fordel for, og ikke for konsernet som helhet.

Asl./ asal. § 8-6 om gaver regulerer transaksjoner mellom selskapet og tredjemann.²¹⁷ I forhold til denne bestemmelsen har Høyesterett trukket opp relativt vide rammer for at en transaksjon til fordel for tredjemann kan sies å være i selskapets interesse.²¹⁸ Dette

²¹⁴ Se punkt 3.9.5 foran om forholdet mellom det selskapsrettslige og det skatterettslige armlengdesprinsipp.

²¹⁵ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 1 2004 s. 8.

²¹⁶ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr. 1 2004 s. 8.

²¹⁷ Andenæs: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper s. 345 flg. Sml. Bråthen: Selskapsrett s. 119.

må gjelde i enda større grad for transaksjoner mellom konsernselskaper.²¹⁹ For det første vil det foreligge en langt nærmere økonomisk og organisasjonsmessig tilknytning mellom to konsernselskaper enn mellom selskapet og en tredjemann. For det andre vil en transaksjon til fordel for et annet konsernselskap ikke føre til at midlene forsvinner ut av systemet.²²⁰ Gaveregelen i asl./ asal. § 8-6 taler på denne måten for en skjønnsmessig og langsiktig vurdering av hvorvidt en transaksjon mellom to konsernselskaper kan sies å være forretningsmessig.

Utenlandsk teori taler også i retning av at det gjelder en Rozenblum-doktrine i norsk rett, og at konsernet er målestokken for hvorvidt en transaksjon mellom to konsernselskaper er i samsvar med armlengdesprinsippet.²²¹

Bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 er utformet etter mønster fra finansieringsvirksomhetsloven § 2a-8 som regulerer transaksjoner mellom selskaper i et finanskonsern.²²² Dette kunne tilsi at forarbeidenes uttalelser og praksis omkring denne bestemmelsen ville være relevante for fastleggelsen av armlengdesprinsippet i asl./ asal. § 3-9. Forarbeidene inneholder imidlertid ingen uttalelser om dette. I rettspraksis er det lagt til grunn at det ikke er samsvar mellom finansvl. § 2a-8 og asl./ asal. § 3-9 jfr. Rt. 1999 s. 36. Hensynene til å regulere konkurransen i finansmarkedet er et annet enn de hensyn som ligger til grunn for aksjelovenes bestemmelser.²²³ Armlengdesprinsippet i finansvl. § 2a-8 er tolket relativt strengt. En henvisning til praksis omkring denne

²¹⁸ Jfr. Rt. 1927 s. 588, Rt. 1929 s. 27, Rt. 1929 s. 857: Avgjørelsene gjaldt grensen mellom gaver og omkostninger. Samlet sett viser avgjørelsene at transaksjoner som i utgangspunktet fremstår som gaver betraktes som omkostninger dersom de direkte eller indirekte er i selskapets interesse.

²¹⁹ Ervik Løvold: Gaver i aksjeselskaper s. 15 flg.

²²⁰ Sml. Ot. prp. 36 (1993-94) s. 62 der tilsvarende synspunkter ble gjort gjeldende som begrunnelse for unntaket i asl./ asak. § 8-7 tredje ledd nr. 2.

²²¹ Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2002 s. 119. Sml. Krüger Andersen: Regulation of Groups from a Danish and Nordic Perspective i Neville og Engsig Sørensen (red.): The Internationalisation of Companies and Company Laws s. 27, som fastslår at Rozenblum-doktrinen er målestokken for bestemmelsene i den danske aktieselskabsloven § 79 og § 80, og omtaler bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 i tilknytning til dette.

²²² NOU 1996:3 s. 87.

²²³ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, Magma nr 1. 2004 s. 9.

bestemmelsen ville gitt uttrykk for en strengere og mer detaljert regulering av konserninterne transaksjoner med det enkelte konsernselskap som målestokk. Ved å utelate dette gis det dermed uttrykk for at målestokken for transaksjoner mellom konsernselskaper etter aksjelovene bør være en annen enn for transaksjoner i et finanskonsern. Dette tilsier et fleksibelt armlengdesprinsipp med hovedvekt på å oppnå likevekt mellom partenes ytelser.

Lojalitetshensyn taler også for at konsernet som helhet er målestokken for hvorvidt armlengdesprinsippet i asl./ asal. § 3-9 er oppfylt.²²⁴ I tillegg til den formelle kompetansen konsernstyret har, vil retten til å utøve konsernledelse ofte bygge på avtale eller forståelse med styrene i datterselskapene.²²⁵ Lojalitet vil derfor være en viktig forutsetning for at konsernstyret og konsernsjefen skal kunne utføre sine oppgaver.²²⁶ Et konsern vil dessuten i praksis være kjennetegnet av et tett samarbeid mellom ledere og tillitsvalgte i konsernselskapene med sikte på å koordinere den samlede virksomhet.²²⁷ Lojalitet mellom konsernselskaper er en viktig forutsetning for at dette samarbeidet skal fungere, og for at konsernet skal opptre som en samlet enhet innad og utad.²²⁸ Konsernstyrets overordnede strategi må være førende og respekteres av styrene i datterselskapene. Samtidig bør datterselskapene få anledning til å delta ved utformingen av strategien.²²⁹

Hensynet til konsernformen som et virkemiddel til å oppnå en optimal utnyttelse av konsernets samlede ressurser, taler for at konsernet bør være målestokken for om en

²²⁴ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, bl.a. etter aksjelovene av 1997. (Upublisert manuskript).

Sml. Sundby: EU's arbeid med modernisering av selskapsretten, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 4 2003 s. 462.

²²⁵ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 35.

²²⁶ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 35. Sml NOU 1994:7, der det uttales at konsernsjefen måtte kunne forutsette lojalitet fra de øvrige lederne i konsernet.

²²⁷ Aarbakke m/ flere: Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer s. 35.

²²⁸ Aakvaag m/ flere: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett s. 43.

²²⁹ NOU 1994:7 s. 28.

transaksjon mellom to konsernselskaper er forretningsmessig.²³⁰ Dersom bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 tolkes dithen at overføring eller plassering innen konsernet måtte være forretningsmessig begrunnet i det enkelte datterselskap, vil dette sperre for de muligheter for synergieffekter og stordriftsfordeler konserndannelsen representerer.²³¹

På bakgrunn av dette må bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 tolkes slik at konsernet som helhet er målestokken for hvorvidt armlengdesprinsippet er oppfylt.

²³⁰ Bråthen: Konserninterne transaksjoner, bl.a. etter aksjelovene av 1997 (Upublisert manuskript). Sml. Truyen: Aksjonærers myndighetsmisbruk s. 208.

²³¹ Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner s. 91.

4 Gjelder det en Rozenblum-doktrine i norsk rett?

Rozenblum-doktrinen er ikke ved lov eller på annen måte uttrykkelig gjort til en del av norsk rett. Spørsmålet i det følgende er om det likevel kan sies å gjelde en Rozenblum-doktrine i norsk rett. Problemstillingen har først og fremst betydning i forhold til de områder der lovgivningen ikke har tatt uttrykkelig stilling til spørsmålet om konsernet er en sammenslutning av enkeltselskaper, eller om det er en egen enhet.

Mangelen på en samlet konsernregulering gir uttrykk for at hvert selskap innen konsernet er en rettslig selvstendighet enhet, og at konsernet er en sammenslutning av enkeltselskaper. Dette taler for at det i norsk rett ikke gjelder en Rozenblum-doktrine.

Den konsernregulering som finnes, tilsier imidlertid at det i hvert fall må gjelde en slags Rozenblum-doktrine i norsk rett. Bestemmelsene som tillegger konsernet spesielle rettsvirkninger, legger forholdene til rette for en konsernstruktur der konsernet kan opptre som en enhet, både økonomisk og organisasjonsmessig. Dette er en parallell til Rozenblum-doktrinens første kriterium som oppstiller et krav om en fast etablert konsernstruktur og en gjensidig vekselvirkning mellom konsernselskapene. Se punkt 2.4 foran.

Doktrinens andre kriterium om en konsekvent og koordinert konsernpolitikk kan det neppe finnes tydelige spor av i norsk rett. Riktignok forutsettes det at det mellom konsernselskapene eksisterer enn viss lojalitet og at konsernstyrets vurderinger i stor grad må respekteres av datterselskapene. Se punkt 3.9.8 foran. Dette er imidlertid et for spinkelt grunnlag til å oppstille et krav om konsekvent og koordinert konsernpolitikk for å kunne drive konsernledelse.

Rozenblum-doktrinens tredje kriterium fastslår at fordeler og ulemper skal fordeles mellom mor- og datterselskap på en balansert måte. Fordelingen må være egnet til å skape likevekt mellom konsernselskapene og må ses i forhold til konsernets utvikling i et langsiktig perspektiv. Se punkt 2.6 foran.

Bestemmelsen i asl./ asal. § 3-9 om konserninterne transaksjoner oppstiller et krav om at det for transaksjoner mellom konsernselskaper skal være likevekt mellom partenes ytelser. Vurderingen av hvorvidt det foreligger likevekt, må foretas i et bredt og langsiktig perspektiv. Se punkt 3.9.8 foran.

På dette punktet foreligger det dermed en parallell mellom norsk rett og Rozenblum-doktrinen tredje kriterium, idet begge bestemmelsene kan sies å bygge på et utlikningssynspunkt.

Rozenblum-doktrinen tredje kriterium fastslår også den nedre grense for hvor stor ulempe et konsernselskap kan påføres. Dersom en transaksjon fører til at selskapets eksistens trues, vil dette være i strid med doktrinen. Se punkt 2.6 foran. I norsk rett utgjøres den nedre grense for hvor stor ulempe et konsernselskap kan påføres av kravet om forsvarlig egenkapital i asl./ asal. § 3-4 og § 3-5. Se punkt 3.9.5 foran. Også på dette punkt samsvarer norsk rett med doktrinen.

Både Rozenblum-doktrinen og norsk rett tillater imidlertid at et konsernselskap påføres en ulempe som i utgangspunktet fremstår som uforholdsmessig, dersom dette senere blir kompensert for gjennom en utjevning av fordeler og ulemper. Se punkt 2.6 og punkt 3.9.8 foran.

Det er således et visst samsvar mellom norsk rett og Rozenblum-doktrinen på flere punkter. Doktrinen kriterier er imidlertid relativt upresist utformet og har vært gjenstand for en viss kritikk. Se punkt 2.7 foran. Dette taler for at det i norsk rett bare kan være snakk om en slags modifisert Rozenblum-doktrine. Doktrinen gir en viss veiledning om hvilke vilkår som må oppstilles for at morselskapet skal ha rett til å drive konsernledelse etter norsk rett. Doktrinen gir imidlertid ikke noe fullstendig svar på om, og i hvilket omfang morselskapet har rett til å drive slik ledelse. Se punkt 2.7 foran.

På bakgrunn av dette kan det vanskelig sies at det i norsk rett fullt ut gjelder en Rozenblum-doktrine. Omfanget av retten til å drive konsernledelse er fortsatt uklar de lege lata. På dette punktet kan lojalitetskravet i norsk rett supplere Rozenblum-doktrinen. Se punkt 3.9.5 foran.

På EU-nivå er det fremmet et forslag om å gjøre Rozenblum-doktrinen til en del av europeisk konsernrett. Se punkt 2.7 foran. Dersom dette fører til at det vil bli nødvendig eller ønskelig med en mer omfattende konsernregulering også i norsk rett, vil spørsmålet om hvilken innflytelse doktrinen skal ha på utformingen av lovgivningen, utgjøre en utfordring for lovgiver.

5 Litteraturliste

Magnus Aarbakke, Jan Skåre, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad, Asle Aarbakke:

Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer. 2. utg. Oslo 2000.

Mads Henry Andenæs: Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. 2. utg. Oslo 1998.

Mads Henry Andenæs: Aksjeselskapsrett. 1. utg. Oslo 1981.

Mads Henry Andenæs: Aksjeselskapsrett. 2. utg. Oslo 1992.

Tore Bråthen: Selskapsrett. Oslo 2002.

Tore Bråthen: Konserninterne transaksjoner bl.a. etter aksjelovene av 1997. Upublisert manuskript.

Tore Bråthen: Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett. Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard. Torsten Iversen, Lars Hedegaard og Erik Werlauff (red.). København 2002.

Tore Bråthen: Konserninterne transaksjoner. Magma Tidsskrift for økonomi og ledelse. Nr. 1 2004.

Tore Bråthen: De nye lovene om aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Lov og Rett 1997.

Tore Bråthen: Dokumentasjonskrav ved fusjon mellom morselskap og heleid datterselskap. Tidsskrift for Forretningsjus Nr. 3 2000.

Torvild Aakvaag, Odvar Thorsen, Magnus Aarbakke, Gudmund Knudsen og Kåre Lilleholt: Noen sentrale emner innen norsk konsernrett. Oslo 1994.

Søren Wiig: Skranker for bruk av konsernkonto. Tidsskrift for Forretningsjus nr. 2 1995.

Johan Giertsen: Fusjon og fisjon. Oslo 1999.

Øyvind Handeland og Hans Robert Schwenke: Regnskapsloven med kommentarer. Oslo 1999.

Ole Gjems Onstad: Norsk Bedriftsskatterett. 6. utg. Oslo 2003.

Anne Cathrine Sundby: EU's arbeid med modernisering av selskapsretten. Tidsskrift for forretningsjus nr. 4 2003.

Filip Truyen: Aksjonærers myndighetsmisbruk – en studie av asl./ asal. § 5-21 og uskrevne misbruksprinsipper. Upublisert manuskript. Bergen 2004.

Maria Ervik Løvold: Gaver i aksjeselskaper. Spesialoppgave ved Det Juridiske Fakultet. Universitetet i Oslo. Våren 2004.

Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskapsret. 6. utg. København 2000.

Paul Krüger Andersen: Studier i dansk konsernret. København 2000.

Paul Krüger Andersen: Das Konzernrecht in Skandinavien. Zeitschrift für Gesellschaftsrecht. 2002.

Paul Krüger Andersen: Regulation of Groups from a Danish and Nordic Perspective. The Internationalisation of Companies and Company Laws. Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen (red.). København 2001.

Søren Friis Hansen: The "Takeover" of Corporate Group Law – Examples from a Scandinavian Perspective. Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen (red.). København 2001.

Peter Hommelhoff: Corporate Group Law for Europe – the Principels and Proposals of the *Forum Europaeum*. The Internationalisation of Companies and Company Laws. Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen (red.). København 2001.

Bernhard Gomard: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner. København 1997.

Erik Werlauff: Selskabsret. 6. utg. København 2003.

Erik Werlauff: Koncernretten. København 1996.

Jan Schans Christensen: Kapitalselskaber Aktie- og anpartsselskabsret. København 2003.

Jan Andersson: Om vinstuddeling från aktiebolag. Uppsala 1995.

Forum Europaeum: Corporate Group Law For Europe. Stockholm 2000.

Marcus Lutter: Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht. Festschrift Alfred Kellermann.

Eddy Wymeersch: Groups of Companies. European Business Law. Richard M. Buxbaum, Gerard Hertig, Alain Hirsch og Klaus J. Hopt (red.). Berlin 1991.

Winther-gruppen: Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe. Brussel 2002.

Christine Windbichler: "Corporate Group Law for Europe": Comments on the Forum Europaeum's Principels and Proposals for a European Corporate Group Law. European Business Organization Law Review. Nr. 1 2000.